



COMPRENSIÓN DEL PENSAMIENTO JURÍDICO COMPLEJO A TRAVÉS DE UN CASO. LA RIQUEZA DE LA COMPLEJIDAD FRENTE A LA ABSTRACCIÓN DE LA SIMPLICIDAD

ELVIO GALATI¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

INTRODUCCIÓN

Las presentes ideas intentan ser una introducción al pensamiento complejo desde el punto de vista jurídico. El pensamiento complejo es una manera de encarar la vida y ésta no es el resultado de la visión científica, sino que también nos movemos en ella con la ayuda del arte, la religión, la filosofía. Aquello que Hegel ponía como culminación del espíritu absoluto. En suma, vivimos de ideas.

Una manera de afrontar la vida es dividiéndola en su aspecto jurídico, entre otros. Y el pensamiento complejo, como filosofía de vida, puede aplicarse también al pensamiento jurídico. Este trabajo pretende ser sólo una propedéutica al pensamiento complejo, aplicado al pensamiento jurídico. Haciendo honor precisamente a dicho pensamiento, que trata de unir lo diverso, me es imposible filosofar, exponer ideas generales, sin un basamento experiencial, es decir, sin referir la idea a la vida concreta, singular. Por ello, las reflexiones introductorias al pensamiento complejo, harán referencia a un caso importante para el mundo jurídico, ya que, de las soluciones que se ensayen para el mis-

¹ Miembro de la Asociación Argentina de Bioética y del Grupo para el Pensamiento Complejo de la Universidad Nacional de Rosario. elviogalati@gmail.com

mo, se evidenciarán las distintas doctrinas que concurren en el Derecho. Este caso es “Arancibia Clavel”. Y así como una de las máximas de la complejidad implica entender a la parte en el todo, será necesario entender al caso en el marco global de las dictaduras desarrolladas en América Latina luego de la Segunda Guerra Mundial y a partir de la Guerra Fría, a través del recurso a la doctrina de la seguridad nacional². Lo cual revela el carácter planetario de los problemas centrales.

Siempre por comparación nos es más fácil comprender, de manera que expondré las visiones sintéticas de dos doctrinas jurídicas: el jusnaturalismo y el juspositivismo, y cómo solucionarían el problema planteado a través del caso “Arancibia”. Porque como lo dice Carrió en la introducción al caso de los exploradores de cavernas, “[...] los problemas más abstractos de la filosofía jurídica gravitan en la decisión de las controversias que se ventilan en los tribunales [...]”³.

Si bien el caso propuesto para el análisis alude a temas de la doctrina penal, con todas las derivaciones y problemas que ello plantea por tratarse de la prescripción de la acción para perseguir un delito, será tomado a los fines de un análisis de filosofía jurídica.

Nada mejor que introducirnos al pensamiento complejo a través de la obra homónima del filósofo francés que lo creó: Edgar Morin.

1. ¿QUÉ ES LA “INTRODUCCIÓN AL PENSAMIENTO COMPLEJO”?

1. Es un conjunto de artículos que selecciona Morin a fin de reunirlos en una idea común: la complejidad. Es aquí donde expone esquemática y resumidamente algunas ideas maestras de su pensamiento. Digo “algunas” porque es una obra que escribe luego de la aparición de los dos primeros volúmenes de “El Método”, su obra principal, el cual se compone de seis. Es la suma del pensamiento complejo.

² Sobre el tema p. v. BALLESTER, Horacio, “La doctrina de la seguridad nacional”, en <http://www.asociacionnuncamas.org/biblioteca/trabajos/ladoctrinadelaseguridadnacional.pdf> (13.4.2012).

³ CARRIÓ, Genaro, “Nota preliminar” a FULLER, Lon, “El caso de los exploradores de cavernas”, trad. de Genaro Carrió y Leopoldo Niilus, Bs. As, Abeledo-Perrot, 1991, pág. 6.

2. Morin nació en París en 1921. Es un filósofo de espíritu, mientras que ha acumulado los diplomas de historia, geografía y derecho. Es director emérito del Centro Nacional de Investigaciones Científicas (CNRS) de Francia. Fue lugarteniente de las fuerzas francesas de resistencia durante la ocupación nazi. Es presidente honorario de la Asociación por el Pensamiento Complejo. Fue director del Centro de Estudios Transdisciplinarios de la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales, que ahora lleva su nombre “Centro Edgar Morin”⁴.

3. Esta obra lleva en sí las ventajas del esquematismo, pero pierde la riqueza del relato, de la explicación detallada, artesanal. Por ello, es solo una introducción. La riqueza se logra a través de la lectura de su obra mayor: “El Método”, en donde desarrolla la naturaleza de la naturaleza, la vida de la vida, el conocimiento del conocimiento, las ideas, la humanidad de la humanidad y la ética. Así como la complejidad no es una palabra maestra, tampoco puede reducirse el pensamiento complejo a una obra. El propio Morin cuenta en su “Introducción...” que la idea de complejidad fue surgiendo con “El paradigma perdido” en 1973 y en “Ciencia con consciencia”⁵.

Nada mejor que comprender la idea abstracta de la complejidad a través de una de sus máximas: la jerarquización de la singularidad. Para lo cual nos será de utilidad un caso judicial. Entenderé a la complejidad como una manera abarcativa, flexible, comprensiva de lo incierto, lo ambiguo, contradictorio y relacional en el ser, lo que implica captar lo diverso, construir redes, y analizar a las partes en el todo y al todo desde sus partes. La complejidad⁶ hace referencia a “[...] un tejido de constituyentes heterogéneos inseparablemente aso-

⁴ Para más detalles p. v. su obra MORIN, Edgar, “Mi camino. La vida y la obra del padre del pensamiento complejo”, trad. de Antonia García Castro, Barcelona, Gedisa, 2010.

⁵ MORIN, “Introducción al pensamiento complejo”, trad. de Marcelo Pakman, Barcelona, Gedisa, 2005, pág. 24.

⁶ Sobre el pensamiento complejo p. v. MORIN, Edgar, “El Método 1. La naturaleza de la naturaleza”, trad. de Ana Sánchez en colab. con Dora Sánchez García, 3ª ed., Madrid, Cátedra, 1993; “El Método 2. La vida de la vida”, trad. de Ana Sánchez, 7ª ed., Madrid, Cátedra, 2006; “El Método 3. El conocimiento del conocimiento”, trad. de Ana Sánchez, 5ª ed., Madrid, Cátedra, 2006; “El Método 4. Las ideas. Su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización”, trad. de Ana Sánchez, 4ª ed., Madrid, Cátedra, 2006; “El Método 5. La humanidad de la humanidad. La identidad humana”, trad. de Ana Sánchez, 2ª ed., Madrid, Cátedra, 2006; “El Método 6. Ética”, trad. de Ana Sánchez, Madrid, Cátedra, 2006.

ciados, que presentan la paradójica relación de lo uno y lo múltiple”⁷. Asimismo, “[...] no hay que confundir complejidad y complicación. La complicación, que es el entrelazamiento extremo de las inter-retroacciones, es un aspecto, uno de los elementos de la complejidad”⁸. Además, [...] aquello que es complejo recupera, por una parte, al mundo empírico, la incertidumbre, la incapacidad de lograr certeza, de formular una ley, de concebir un orden absoluto. Y recupera [...] algo relacionado con la lógica, es decir, con la incapacidad de evitar contradicciones⁹.

Como entiendo que la mejor forma de abordar científicamente el caso es a través de la complejidad, la teoría jurídica que mayores coincidencias tiene con aquel pensamiento filosófico o epistemológico es la teoría trialista del mundo jurídico. Porque esta última considera al Derecho compuesto de elementos heterogéneos pero unidos en sistema, como un conjunto de repartos captados por normas y valorados por la justicia. En su definición se ve cómo interaccionan dimensiones aparentemente incompatibles desde el punto de vista ontológico, pero unidas a través del elemento común de la justicia que aprovecha los diversos aspectos que son incluidos¹⁰.

2. ¿CUÁL ES EL CASO¹¹?

1. Enrique Lautaro Arancibia Clavel fue acusado y condenado por el Tribu-

⁷ MORIN, CIURANA, Roger, y MOTTA, Raúl, “Educar en la era planetaria. El pensamiento complejo como método de aprendizaje en el error y la incertidumbre humana”, Valladolid, UNESCO - Univ. de Valladolid, 2002, pág. 40.

⁸ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 101. “[...] ‘le complexe n’est pas nécessairement compliqué’ [...]” DELMAS-MARTY, Mireille, “La tragédie des trois C”, préface à AAVV, “Droit et Complexité : Pour une nouvelle intelligence du droit vivant”, édité par Mathieu Doat, Jacques Le Goff et Philippe Pédrot, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2007, pág. 7.

⁹ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 99.

¹⁰ Para más precisiones p. v. GALATI, Elvio, “La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades”, tesis doctoral, Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2009, 2 t. Cfr. tb. GALATI, “Introducción al pensamiento jurídico complejo. La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin”, en “Revista de la Facultad de Derecho”, n°20, Rosario, 2012, págs. 157-215.

¹¹ “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s. homicidio calificado, y asociación ilícita y otros”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el 24.8.2004.

nal Oral Federal n°6 como partícipe necesario del homicidio del matrimonio Prats Cuthbert y por pertenecer a una asociación ilícita, que tenía “una organización de tipo militar e integrada por oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas; que disponía de armas de guerra y explosivos y recibía apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos” (consid. 2 de la exposición del Procurador General Nicolás Becerra). Dicha organización era la DINA (Dirección Nacional de Inteligencia Nacional) exterior, perteneciente al gobierno chileno del gobernante de facto Augusto Pinochet, y el condenado formó parte de ella de marzo del ’74 a noviembre del ’78. Su objetivo consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina¹² (consid. 3, del fallo de la CSJN). No obstante, la Cámara Nacional de Casación Penal declaró la prescripción de la acción en orden al último de estos delitos. La defensa interpuso recurso extraordinario ante la Corte, que falló declarando la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, sosteniendo por mayoría que los hechos por los que se condenó a Arancibia Clavel ya eran imprescriptibles para el Derecho Internacional al momento de cometerse. La resolución contó con los votos de Zaffaroni, Highton De Nolasco, en tanto que Petracchi, Boggiano, y Maqueda lo hicieron según su voto. Belluscio, Fayt y Vázquez lo hicieron en disidencia.

Respecto del delito previsto en el art. 210 del Código Penal, la Cámara resolvió que “la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años [...]” (consid. 5).

2. No obstante, la Corte califica la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, pues la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos de Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos -sobre cuyo carácter

¹² “Dentro de la organización, Arancibia Clavel, tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile” (consid. 3).

no caben dudas- con la aquiescencia de funcionarios estatales (consid. 11).

3. Cuando la Corte fundamenta el apartamiento del principio de legalidad penal, que comprende el atenerse estrictamente a las regulaciones relativas a la prescripción de la acción, evidencia un tratamiento complejo, es decir, no analiza en función de la norma, sino en función del problema. Realiza un análisis profundo del caso, estudiando el concepto de prescripción, y llega a la conclusión de que por el carácter relevante de estos delitos, por su gravedad, siguen vivos en la conciencia de sus víctimas o herederos y en la sociedad toda. No hay aquí aplicación automática, ciega de normas. Por lo que no se da el olvido, la falta de vivencia del conflicto, que el paso del tiempo genera. Va más allá de la norma: [...] el fundamento común del instituto de la prescripción, [...] es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un mero hecho histórico, anecdótico. En definitiva escapa a la vivencia de sus protagonistas y afectados (consid. 20).

Una aplicación automática de las normas en función del loable argumento de la igualdad es la que plantearía una posición normativista. Cuando Ricardo Guibourg se refiere a las fallas del mecanicismo alude precisamente a que no se admiten variaciones o particularismos, y a que el menor error acarrea productos defectuosos o incluso el daño de la máquina. Pero también señala que éstas “fallas” se compensan con la rapidez, el costo y el número de los productos finales uniformes¹³.

Esta aplicación desconoce la singularidad de los casos que no se adaptan a las normas precisamente porque se compara igualando elementos que son distintos, como los planteados en el caso. No es lo mismo que prescriba un individuo que prescriba el Estado, cuyo plan, además, estaba encaminado a ejercer el terrorismo. “[...] el legislador tiene sus propias preferencias acerca de lo que él considera el resultado justo del proceso, y [...] acepta conscientemente el riesgo de provocar un número indeterminado de situaciones que él mismo

¹³ GUIBOURG, Ricardo, “La justicia y la máquina”, en “La Ley”, t. 150, pág. 998.

calificaría de injustas. [...] la decisión es [...] claramente política”¹⁴. Todas estas apreciaciones corresponden a la doctrina y es difícil adjudicarlas al legislador. Lo que revela en última instancia la importancia de los factores extralegales para la resolución de los casos.

4. Para comprender este fallo es necesario tener conciencia de la diferencia entre programa y estrategia, pero sobre todo de la reflexión. El programa puede asociarse a la normatividad, y la estrategia y reflexión encuentran coincidencias con las dimensiones social y valorativa, respectivamente, del trialismo.

La ventaja del programa es [...] la gran economía: no hace falta reflexionar, todo se hace mediante automatismos. Una estrategia [...] está destinada a modificarse en función de las informaciones provistas durante el proceso [...]. Pero una estrategia [...] necesita [...] que la organización no sea concebida para obedecer a la programación, sino que sea capaz de tratar a los elementos capaces de contribuir a la *elaboración* y al desarrollo de la estrategia¹⁵.

A diferencia de la posición de la Escuela Analítica, para el trialismo elabora no solamente el legislador, sino también el juez, las partes, el árbitro. Puede ayudar a la comprensión de la idea del automatismo lo difícil que era en la antigua Unión Soviética seguir a rajatabla un “programa”: “[...] la voluntad de imponer en el interior de una empresa un orden implacable no es eficiente. [...] Es necesario dejar una parte de iniciativa a cada escalón y a cada individuo”¹⁶. En el caso de la economía soviética, [...] los casos muy frecuentes de ausentismo son, [...] necesarios, porque las condiciones de trabajo son tales que la gente tiene necesidad de ausentarse para encontrar otro pequeño trabajo informal que les permita completar su salario. Esta anarquía espontánea expresa así la resistencia y la colaboración de la población con el sistema que los oprime¹⁷.

La coincidencia entre el pensamiento complejo y el trialismo puede verse cuando ambos hablan de la planificación y la espontaneidad cómo maneras de

¹⁴ Íd., pág. 999.

¹⁵ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 127.

¹⁶ Íd., pág. 128.

¹⁷ Íd., págs. 129-130.

lograr orden, pero también abarcan el desorden que el trialismo ve como “arbitrariedad”, que puede ser aceptable si se realiza el cambio para lograr más justicia. Refiriéndose a la economía soviética, dice Morin: “Mientras duró, fue la anarquía espontánea la que hizo funcionar a la planificación programada. Fue la resistencia en el interior de la máquina la que hizo funcionar a la máquina. El desorden constituye la respuesta inevitable, necesaria e incluso, a menudo, fecunda, al carácter esclerotizado, esquemático, abstracto y simplificador del orden”¹⁸.

Esto nos lleva a considerar la flexibilidad inherente a todo sistema jurídico a fin de que funcione y no explote, es decir, no degenera en una injusticia. El Derecho puede vivir dinámicamente solo si comprende aspectos del “programa” y aspectos de la “estrategia”, es decir, si comprende elementos que lo automaticen, pero a su vez también elementos que lo flexibilicen, permitiendo carencias dikelógicas -de justicia- como la que propone el caso en análisis.

La obra de Morin hace referencia a la estrategia, a partir de la cual debemos imaginar escenarios, los cuales podrán ser modificados en el curso de la acción. En tanto más nos alejamos de la primera concretización, más elementos extraños comienzan a interactuar y pueden perturbar la intención original. “[...] el nivel de eficacia máxima de la acción se sitúa siempre al comienzo de su desarrollo. Por eso, cuando se quieren hacer reformas hay que hacerlas muy rápido. [...] las consecuencias últimas de una acción no son predecibles”¹⁹. En función de dicha idea hay que tener en cuenta la posibilidad de la revolución. Martín Lutero no había imaginado que al proponer una reforma, iba a convertirse en una revolución religiosa²⁰. Esto sólo puede ocurrir con un plan alternativo y consciencia de la realidad social, vital para el Derecho, por ejemplo. La revolución también es un ejemplo de cambio, que puede adoptar formas menos intensas.

Cuando Morin nos señala que no nos comportemos como máquinas trivia-

¹⁸ Íd., pág. 130.

¹⁹ MORIN, “Epistemología de la complejidad”, trad. de Leonor Spilzinger, en AAVV, “Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad”, ed. al cuidado de Dora Schnitman, Bs. As., Paidós, 1994, pág. 439.

²⁰ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 114.

les, es decir, con la ilusión de poder predecir todos los comportamientos²¹, nos recuerda que desde el punto de vista social no todo orden se logra a partir de lo planificado desde el gobierno. “El pensamiento complejo no rechaza, de ninguna manera, a la claridad, el orden, el determinismo. Pero los sabe insuficientes, sabe que no podemos programar el descubrimiento, el conocimiento, ni la acción”²². Y hay que dejar entonces un espacio a la incertidumbre y la espontaneidad.

3. PENSAMIENTOS SIMPLES

1. La respuesta simple estaría dada por la aplicación de la ley, por la aplicación de la prescripción al caso en análisis. Pero al profundizar su análisis, ya se hace uso del pensamiento complejo, que siempre pide auxilio a la filosofía, incluyéndola en el análisis técnico o científico, y no tratándola como un compartimento separado, utilizable por los profesores de Filosofía, los filósofos o los artistas. “[...] la unión de una y otra [ciencia y filosofía], por más difícil que sea, es posible, y no me resigno al estado de disyunción o de divorcio que reina y que es, generalmente, sufrido o aceptado”²³. Por ejemplo, el trialismo, al incluir luego de las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica, los horizontes, relaciona la ciencia-técnica con la filosofía, las categorías que una disciplina aplica para la solución de sus problemas con sus fronteras: la dimensión sociológica se relaciona así con su horizonte de sociología jurídica, la dimensión normológica se relaciona con la lógica y la dimensión dikelógica se relaciona con su horizonte de filosofía de la justicia. De esta manera, ambos hontanares pueden enriquecerse. Por ejemplo, la Historia del Derecho y el estudio de los valores permitieron construir las relaciones entre valores, en la dimensión dikelógica²⁴. La dimensión dikelógica revela entonces su importancia para el caso por la necesidad de criticar las soluciones normativas propuestas que imponen la prescripción.

²¹ Íd., pág. 116.

²² Íd., pág. 117.

²³ Íd., pág. 155.

²⁴ V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Ubicación de la justicia en el mundo del valor (El asalto al valor justicia)”, en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, t. II, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), 1984, págs. 16-35.

2. La Escuela Analítica, seguidora de los pasos del viejo positivismo jurídico, se rendiría ante la prescripción de la acción penal, y dejaría a este caso y tantos otros sin posibilidad de juzgamiento. El único elemento que ingresa en el campo de visión del profesional del Derecho es la ley. Dice Morin: “[...] el paradigma de simplicidad es un paradigma que pone orden en el universo, y persigue al desorden. El orden se reduce a una ley, a un principio. [...] El principio de simplicidad o bien separa lo que está ligado (disyunción) [la norma de la realidad social], o bien unifica lo que es diverso (reducción) [la abstracción legalista]”²⁵.

El pasado es entendido así como una sucesión cronológica de hechos ya ocurridos, y cuyo juzgamiento debió ocurrir en el momento oportuno. Hay aquí un concepto de tiempo ordenado en base a lo cronológico y no en base a lo vivencial.

Nótese como se da en este caso la necesidad de prever la conducta de los justiciables y la necesidad de orden y claridad²⁶. El orden “es todo aquello que es repetición, constancia, invariabilidad, todo aquello que puede ser puesto bajo la égida de una relación altamente probable, encuadrado bajo la dependencia de una ley”²⁷. Morin nos previene acerca de la inteligencia ciega. Esto significa que a pesar del avance de la tecnología, existen los desastres producidos por las armas termonucleares, las manipulaciones de todo orden, los desarreglos ecológicos, etc.²⁸; lo cual revela la insuficiencia de la ley a la hora de tratar un problema como el que nos convoca. La ley puede ser justa, pero también injusta. Y así como no hay que separar en el Derecho a la ley por un lado y su justicia por otro, lo propio ocurre con el hombre, que no es un ser biológico por un lado, estudiado por la Medicina, ni un ser cultural por otro lado, estudiado por las Humanidades²⁹. Es uno y ambos a la vez. No hay que elegir, hay que integrar. “Olvidamos que uno no existe sin el otro; más aún, que uno es, al mismo tiempo, el otro, si bien son tratados con términos y con-

²⁵ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 89.

²⁶ Íd., pág. 21.

²⁷ Íd., pág. 125.

²⁸ Íd., pág. 27.

²⁹ Cfr. íd., pág. 89.

ceptos diferentes”³⁰.

3. La ley es una fotografía de la realidad, y como tal inmoviliza un momento presente, imagina un futuro que será tal como es en el presente, sin tomar en cuenta los cambios. “[...] unifica abstractamente anulando la diversidad [...]”³¹. La situación social y política en Argentina, a partir del 2003, no es la misma con respecto a este caso. Y dicha realidad no es la realidad tal como la reflejan las leyes de obediencia debida y punto final del ‘80, y los indultos presidenciales del ‘90. El papel de los militares, la conciencia de justicia del pueblo argentino, y la necesidad de reconocer dicha conciencia por los funcionarios ha cambiado. Por ello, “la ciencia construye su objeto extrayéndolo de su ambiente complejo para ponerlo en situaciones experimentales no complejas”³². Y así como la ley no puede separarse de su contexto, tampoco puede hacerlo del valor que la legitima. La pacificación, valor fabricado, no puede prevalecer, al fin, sobre la justicia, valor natural, propio del Derecho. En este sentido, Goldschmidt da muchos ejemplos en los que es viable la revisión de la cosa juzgada³³.

4. Esto me recuerda un caso en donde fue necesario entrar en el análisis de la realidad social a fin de solucionarlo. Se trata del caso “Saguir y Dib”³⁴, en el que los padres de una menor solicitaron autorización judicial para que diera uno de sus riñones a su hermano. Afirmaron que de los exámenes clínicos realizados en centros especializados, el único dador posible era su hermana, quien tenía un estudio de compatibilidad histoidéntico. Pero fueron informados por los médicos que el transplante no podría realizarse sin la previa autorización judicial, por ser la dadora menor de 18 años. Al momento del fallo contaba con 17 años y 8 meses, mientras que el art. 13 de la entonces ley 21.541 exigía contar con 18 años. En el caso se comprobó que: [...] la menor donante [sic] es plenamente consciente de las implicancias de la ablación y que su decisión se muestra como totalmente libre [...]. Asimismo dejan constancia los suscrip-

³⁰ Íd., pág. 89.

³¹ Íd., pág. 30.

³² Íd., pág. 35.

³³ GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 402-405.

³⁴ Fallado por la CSJN 6.11.1980.

tos de su convencimiento de que no media inestabilidad emocional en la menor donante en cuanto a su firme y serena decisión, como tampoco inexperiencia para valorar las consecuencias de sus actos ni dependencia de factores externos [...] sin conocimiento de sus padres, concurrió a hacerse todos los exámenes y análisis necesarios para establecer su compatibilidad para el trasplante [...]. Con lo expuesto [...] se puede dar por satisfecha [...] la especial protección jurídica de la menor referida en el art. 11 y en la nota de elevación del proyecto de la ley 21.541 (consid. 6, h).

Desde el punto de vista de la Teoría General del Derecho, y en particular desde el trialismo, el fallo es una aplicación de la primacía del elemento histórico por sobre el literal a los fines de la interpretación, en tanto en el caso se dan, más precisamente en la menor, las condiciones que procura proteger la ley, que es la salud y madurez del dador. Precisamente, la abstracción de la ley ocultó en este caso lo que efectivamente acaecía en la realidad. De esta manera, si se incorpora el análisis de la realidad social, puede relacionarse a la norma con aquella a fin de dar solución al problema. En el caso “Arancibia”, la investigación del problema de la prescripción, analizando la realidad social, revela que el mero paso del tiempo no soluciona el problema. Por ello no se entiende en el caso “Saguir y Dib” que el Procurador General diga, citando el mensaje de elevación del proyecto que fuera ley: [...] en lo relativo a los menores de edad, punto [...] crucial dadas las especiales características de inestabilidad emocional, dependencia de influencias externas, inexperiencia para valorar certeramente las consecuencias de sus actos, etc. [...] circunstancias todas que hacen de ellos, sujetos que requieren muy especial protección jurídica.

De esta forma hace alusión al problema. A los fines de comprender la diferencia entre la letra y el espíritu de la ley, teniendo como objetivo evitar los automatismos derivados de la literalidad, puede ayudar el “caso de los exploradores de cavernas”³⁵, en donde el problema puede resolverse a través de la interpretación, ya que no se cuestiona la justicia de la reglamentación que prohíbe el asesinato, sino del encuadramiento de los hechos en la disposición

³⁵ En donde un grupo de expedicionistas, atrapados en una caverna, son acusados del crimen de uno de ellos para sobrevivir hasta el rescate.

de la ley. Si bien los exploradores violaron la letra, no violaron su espíritu, ya que su intención no fue matar, sino salvar sus vidas. Dice el ministro Foster: “[...] la excepción a favor de la defensa propia no puede reconciliarse con las palabras de la ley, sino solo con su *propósito*”³⁶. En efecto, “[...] esta ley no se concibió con la intención de que fuera aplicada a los casos de defensa propia”³⁷. Por otra parte, el sentido común señala que “un hombre cuya vida es amenazada rechazará a su agresor, sin importarle lo que la ley diga”³⁸. Al contrario, el ministro Keen sostiene que el Poder Judicial debe “[...] aplicar fielmente la ley escrita [...] [e] interpretar esta ley de acuerdo a su llano sentido sin referencia a nuestros deseos personales y a nuestras concepciones individuales de justicia”³⁹. Desde el trialismo, se dirá que la interpretación no asume que haya leyes cuyo sentido sea claro a la luz de sus palabras, porque existe la posibilidad de que los autores no hayan expresado adecuadamente su intención o fin. Y así como la justicia es un elemento fundamental en el Derecho, fundando la “dimensión dikelógica”, también lo es a la hora de decidir la manera de interpretar, es decir, dando prevalencia a lo que autor quiso con miras a su intención o fin⁴⁰. Lo que la interpretación sea depende a su vez de lo que el Derecho sea.

5. En el caso “ALITT”⁴¹, la Cámara que niega la personalidad jurídica a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual, incurre en el vicio del abstraccionismo, en tanto señala que los travestis y transexuales cuentan con derechos reconocidos como cualquier ciudadano a los fines de acudir a los organismos estatales. Si bien esto es cierto, sólo lo es formalmente, en tanto se sabe que por la discriminación sufrida, deben contar con refuerzos, compensaciones, y la fuerza de la mancomunación que da la personalidad jurídica, a fin

³⁶ FULLER, op. cit., pág. 30.

³⁷ Íd., pág. 30. Cabe tener en cuenta que el ministro Tattin señala que una ley puede tener diversos propósitos; en el caso, prever un escape ordenado al instinto retributivo, rehabilitar al delincuente, con lo cual se plantea el problema de qué hacer ante distintos propósitos. Íd., pág. 39.

³⁸ Íd., pág. 30.

³⁹ Íd., pág. 51.

⁴⁰ V. sobre el tema a CIURO CALDANI, “Meditaciones trialistas sobre la interpretación”, en “El Derecho”, t. 72, págs. 811 y ss.

⁴¹ C. Estado Nacional, fallado por la CSJN el 21.11.2006.

de lograr en equipo lo que solos y solas no podrían. Se desconocen los hechos, porque las conductas no forman parte del Derecho, y luego se ven las consecuencias, al convalidarse un estado de discriminación.

El voto unánime de la Corte sí da cuentas del análisis de la realidad social, a fin de compensar los perjuicios sufridos en la historia de asociaciones como ALITT: [...] personas pertenecientes a la minoría a que se refiere la asociación apelante no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo (consid. 17).

La Corte señala, contestando a la interpretación que la Cámara hace del requisito del “bien común”, que [...] no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere ‘común’ excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc. (consid. 15).

Así, el fin del todo es la unidad y la satisfacción de los intereses de sus partes.

[...] el bien colectivo tiene una esencia pluralista, pues sostener que ideales como el acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda y beneficios sociales de determinados grupos, así como propender a la no discriminación, es sólo un beneficio propio de los miembros de esa agrupación, importa olvidar que esas prerrogativas son propósitos que hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática, al amparo de los arts. 14 y 16 CN y de los tratados internacionales incorporados en su art. 75 inc. 22 (consid. 18).

Luego aclara que la pluralidad no significa recurrir a la violencia o perjudicar a un tercero, que son límites a los objetivos de las asociaciones (consid. 11).

En el caso “Sejean”⁴², la Corte rescata los derechos de las minorías no católicas, que no tienen que soportar la extensión a toda la población civil del rito religioso romano de la indisolubilidad del vínculo matrimonial. En el mismo sentido, al aceptar el reclamo de ALITT, señala el alto tribunal: [...] el gravísimo riesgo de que sólo aquellas valoraciones y creencias de las que participa la concepción media o la mayoría de la sociedad encontraría resguardo, y al mismo tiempo, determinaría el desconocimiento de otros no menos legítimos intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad, circunstancia ésta que sin lugar a dudas constituiría una seria amenaza al sistema democrático que la Nación ha adoptado (arts. 1 y 33 CN.) (consid. 19).

En este sentido, cabe recordar que los militares que tomaron de facto el poder en 1976 decían representar los ideales cristianos y occidentales⁴³, como ocurrió también con la llamada “Revolución Argentina” de 1966⁴⁴. La realidad social también revela la existencia de los derechos de las minorías, como en su momento lo fueron los perseguidos políticos durante los regímenes militares.

También la Corte coincide con los ideales complejos de la no uniformiza-

⁴² “Juan Bautista Sejean c. Ana María Zacks de Sejean”, publicado en la colección “Faltos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, t. 308, pág. 2268 y ss. Donde la CSJN declaró la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley de matrimonio civil 2393 en tanto establecía la indisolubilidad del matrimonio civil.

⁴³ Así lo reflejó la Junta Militar en el “Acta para el Proceso de Reorganización Nacional” del 24.3.1976, en el pto. 2.9: “Ubicación internacional en el mundo occidental y cristiano, manteniendo la capacidad de autodeterminación, y asegurando el fortalecimiento de la presencia argentina en el concierto de las naciones.” V. JUNTA MILITAR, “Documentos Básicos y Bases Políticas de las Fuerzas Armadas para el Proceso de Reorganización Nacional”, Bs. As., Imprenta del Congreso de la Nación, 1980, pág. 8.

⁴⁴ En este sentido p. v. tb. la parte pertinente de “León Ferrari. Retrospectiva. Obras 1954-2004”. Sobre el tema p. v. tb. GALATI, “Notas jurídico-dikelógicas del Derecho del Arte. Hacia una armonía entre Arte, Religión y Filosofía”, en “Investigación y Docencia”, n°43, Rosario, FIJ, 2010, págs. 107-126; tb. en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/1281/1378> (10.10.2010). Cabe cfr. tb. VERBITSKY, Horacio, “Doble juego: la Argentina católica y militar”, Bs. As., Sudamericana, 2006; AGEITOS, Stella Maris, “La historia de la impunidad. Argentina (1976/1989): Desde las actas del proceso a los indultos de Menem”, en <http://www.derechos.net/koaga/ageitos/index.html> (26.1.2004).

ción de la vida: La restauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca como señaló el tribunal en uno de los votos concurrentes de la causa ‘Portillo’ de Fallos 312:496 a la unidad nacional, en libertad, pero no a la uniformidad u homogeneidad. El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del ‘derecho a ser diferente’, pero no puede confundirse nunca con la ‘igualación’ que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales (consid. 19).

6. Por ello el trialismo incluye la dimensión sociológica. De no contarse con los elementos de análisis de dicha jurística, que evidencia los perjudicados, es decir, las víctimas de la dictadura, lo repartido, es decir, impunidad, mentira, olvido, falta de identidad, etc., la forma hecha, a través de la imposición de un “punto final”, y la rendición al poder extranjero que implica avalar un plan sistemático de exterminio del disidente de izquierda o comunista, orquestado por los EE.UU., no se entendería el funcionamiento de las normas que la Corte señala en “Arancibia”. De no contarse con dichas categorías, tampoco se entendería por qué ahora y no antes surgió este fallo. En este sentido, la influencia de la economía juega un papel importante, en tanto la dictadura militar no solamente significó un plan sistemático de exterminio del disidente político, sino que en el fondo se trataba también de una visión de la economía, es decir, de la distribución y producción de la riqueza. Por su parte, uno de los jueces del caso de los exploradores dice: [...] nuestro derecho positivo presupone la posibilidad de la coexistencia de los hombres en sociedad. Al surgir una situación en la cual tal coexistencia de los hombres se hace imposible, entonces ha dejado de existir una condición implícita en todos nuestros precedentes y en todas nuestras leyes⁴⁵.

El estado de situación cambió y es evidente que esto amerita una nueva valoración de dicha circunstancia. Así se señala en el caso imaginario que relata Fuller: “cuando la suposición de que los hombres pueden vivir en común deja de ser verdadera, como obviamente sucedió en esta extraordinaria situación, en que la conservación de la vida sólo se hizo posible quitando otra, entonces

⁴⁵ FULLER, op. cit., págs. 19-20.

las premisas básicas subyacentes a todo nuestro orden jurídico pierden su sentido y su fuerza”⁴⁶. Lo propio cabe decir de la situación que explica el contexto de “Arancibia” en tanto el régimen de prescripción cambia si cambian los protagonistas y la forma de comisión de los delitos. Fue impensado que aquellos encargados de custodiar los bienes y las personas, los mismísimos funcionarios estatales, terminaran siendo los peores verdugos.

7. El caso de los exploradores de cavernas nos muestra cómo la norma no es la misma en todo momento, sino que varía en función de las circunstancias. Si bien es malo, injusto, disvalioso el asesinato, no puede pensarse lo mismo en estado de necesidad exculpante. Incluso cuando el jurado decide condenar a los que asesinaron a uno de los exploradores, y luego peticiona el indulto⁴⁷, expresamente está reconociendo la injusticia de la decisión. Señala: “en casos como el presente la clemencia ejecutiva aparece admirablemente adecuada para mitigar los rigores de la ley [...]”⁴⁸. Como lo señalo, esta actitud implica evadir la responsabilidad inherente a la función de jurista. Las palabras del jurado no pueden ser más claras en referencia a la disociación y la huída acerca de las consecuencias de las decisiones: “creo por lo tanto que podemos asumir que alguna forma de clemencia se acordará a estos acusados. Si así ocurriere, se hará justicia, sin menoscabo de la letra ni del espíritu de nuestra ley y sin ofrecer estímulo a su transgresión”⁴⁹. El Derecho es una región de la ciencia que fue considerada por mucho tiempo capaz de acceder a un mundo de objetos liberados de todo juicio de valor, de toda deformación subjetiva⁵⁰. Recuérdese la segunda purificación kelseniana, en donde la justicia es marginada del Derecho y vagabundeará en la Política. Frente a esto, Morin contesta con un subtítulo en su obra “Introducción al pensamiento complejo”: “La integración de las realidades expulsadas por la ciencia clásica”⁵¹. “Los grandes problemas esenciales, los grandes problemas del conocimiento, eran siempre reenviados al cielo, se volvían fantasmas errantes de la Filosofía: el Espíritu, la

⁴⁶ Íd., pág. 21.

⁴⁷ Íd., pág. 16.

⁴⁸ Íd., pág. 17.

⁴⁹ Íd., págs. 17-18.

⁵⁰ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 65.

⁵¹ Íd., pág. 79.

Libertad. [...] su fracaso [de la ciencia] en tanto sistema de comprensión estaba enmascarado por su éxito en tanto sistema de *manipulación*⁵². Deben volver a unirse los juicios de valor y los juicios de hecho⁵³.

8. El dolor de los seres queridos que perdieron a sus desaparecidos, los desaparecidos, los bebés robados, las identidades arrancadas, los crímenes cometidos, son ocultados. “La metodología dominante produce oscurantismo porque no hay más asociación entre los elementos disjuntos del saber y, por lo tanto, tampoco posibilidad de engranarlos y de reflexionar sobre ellos”⁵⁴. Por ello el pensamiento simple oculta y ciega. Claro que esto no puede hacerse sin una mutilación desgarradora, cruel, inhumana. “Desafortunadamente, la visión mutilante y unidimensional se paga cruelmente en los fenómenos humanos: la mutilación corta la carne, derrama la sangre, disemina el sufrimiento”⁵⁵. El Derecho no puede desconocer esto. No se trata de una mesa, una roca, es decir, un sistema cerrado, en donde “[...] los intercambios de materia y energía con el exterior son nulos”⁵⁶, sino de un sistema abierto. Por ello, “[...] el sistema no puede ser comprendido más que incluyendo en sí al ambiente, que le es a la vez íntimo y extraño y es parte de sí mismo siendo, al mismo tiempo, exterior”⁵⁷.

Señala Morin: “suficientes sufrimientos aquejaron a millones de seres como resultado de los efectos del pensamiento parcial y unidimensional”⁵⁸. Pensamiento sobradamente aplicable al caso.

No es un dato anecdótico sostener que las leyes 24.584 y 25.778, que incorporaron al ordenamiento argentino la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, y le dieron jerarquía constitucional, respectivamente, no son aplicables retroactivamente por el principio de legalidad penal, como sostiene el juez Belluscio (consids. 13 y 14). “[...] la regulación

⁵² Íd., pág. 81.

⁵³ V. MORIN, “El Método 4. Las ideas. Su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización”, trad. de Ana Sánchez, 4ª ed., Madrid, Cátedra, 2006.

⁵⁴ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 31.

⁵⁵ Íd., págs. 31-32.

⁵⁶ Íd., pág. 43.

⁵⁷ Íd., pág. 45.

⁵⁸ Íd., pág. 118.

de la prescripción es una cuestión que pertenece a los presupuestos de la penalidad, por lo que de acuerdo con lo que dispone el principio de legalidad no puede modificarse retroactivamente en perjuicio del reo [...]” (consid. 14). Esto implica ignorar las consecuencias de las decisiones de los jueces, y que por sobre el Derecho positivo existe un Derecho Natural. De haberse seguido una solución como la que pregona el juez mencionado, los crímenes del nazismo no habrían tenido solución, ni se habrían elaborado los famosos principios de Nuremberg. Señala el juez Belluscio: [...] tampoco resulta aceptable que la gravedad o aun el carácter aberrante de los hechos que se pretende incriminar justifique dejar a un lado el principio de irretroactividad de la ley penal, preciada conquista de la civilización jurídica y política que fue ya consagrada e incorporada en reglas jurídicas de universal aceptación hace más de doscientos años en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, derivación de la Revolución Francesa [...], según el cual ‘la ley sólo debe imponer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser punido sino en virtud de una ley promulgada antes del delito, y legalmente aplicada’ (consid. 15).

9. No olvidemos que las leyes son elaboradas por hombres, con pasiones, celos, intereses, privilegios, rencores, altruismos, reivindicaciones, miedos, etc. Por ello Morin se cuestiona “[...] ¿hacia dónde va la ciencia? Una pregunta se ha planteado, después de Hiroshima, en el exterior y luego en el interior de la conciencia del sabio atómico [...]”⁵⁹.

La CSJN ha dicho que el intérprete no puede desvincularse de las consecuencias de un fallo toda vez que él constituye uno de los índices más seguros para verificar la racionalidad (CSJ E.D. 95-554 y E.D. 116-308).

¿Acaso no deberían analizarse las consecuencias de los procedimientos seguidos, de las leyes aplicadas? Se contesta: -“es un problema sociológico, y que se ocupen los sociólogos, políticos o periodistas”. Es una elegante manera de desprenderse de la responsabilidad inherente a cada profesional universitario. Dice Morin: “mientras los medios producen la cretinización vulgar, la Universidad produce la cretinización de alto nivel”⁶⁰. Y entonces, “[...] los

⁵⁹ Íd., pág. 156.

⁶⁰ Íd., pág. 31.

sabios [...] no controlan, en la práctica, las consecuencias de sus descubrimientos, ni siquiera controlan intelectualmente el sentido y la naturaleza de su investigación”⁶¹. En este sentido, señala Guibourg: “[...] los juristas toman a su cargo [...] proponer a los organismos estatales un modelo ordenado de sus propios criterios de aplicación de la ley”⁶². Se considera que esto es así porque se ve al jurista como un autómeta, y que quien tiene el poder es el gobernante; ergo aquel no participa en la elaboración del Derecho. Mientras que Lon Fuller, en las palabras del ministro Foster señala: [...] nuestra afirmación de que el derecho que como jueces sostenemos y enunciamos nos arrastra a una conclusión que nos avergüenza y de la que sólo podemos librarnos apelando a excepciones diferidas al capricho personal del Poder Ejecutivo, equivale, [...] a la admisión de que el orden jurídico de este Commonwealth no pretende ya realizar la justicia⁶³.

Luego, Guibourg abiertamente señala el conflicto entre las doctrinas jurídicas: trialista y analítica.

¿Quién los ha convencido [a los juristas] de que desempeñan en la sociedad un papel mesiánico [...]? [...] tiene facultad, como cualquier ciudadano, para concebir y expresar sus propias ideas. Pero [...] una sociedad espera demasiado de sus juristas, jueces y abogados cuando aprende a esperar demasiado poco de sus gobernantes. En los sistemas políticos actuales, existe un mecanismo especialmente diseñado para facilitar el cumplimiento de las condiciones pragmáticas del ejercicio del poder: es la democracia, que permite a los ciudadanos guiar el rumbo de los gobernantes, controlar su gestión y hallar un fundamento razonable para el acatamiento⁶⁴.

¿Puede lograrse el control sin participación, con la mera delegación? ¿No se tratará de una democracia meramente nominal? El gran problema que se plantea al jurista es el de incluir o no la temática de la justicia en el Derecho. Lo cual no es una cuestión académica, sino de responsabilidad, ya que cambia el

⁶¹ *Íd.*, pág. 31.

⁶² GUIBOURG, “Provocaciones: en torno del derecho”, Bs. As., Eudeba, 2002, pág. 132.

⁶³ FULLER, *op. cit.*, págs. 18-19. Cabe tener en cuenta que el ministro Tatting señala que el junto a los demás, son jueces estatuidos por las leyes que Foster pretende inaplicar. *Íd.*, pág. 35.

⁶⁴ GUIBOURG, “Provocaciones...”, *cit.*, págs. 132-133.

concepto de participación, de involucramiento. Se deja de esperar todo de los demás, hay carencias, democracia semidirecta o directa, actuación de las ongs, etc.; el concepto de la interpretación cambia, y también el papel de la costumbre⁶⁵.

10. Al ensalzamiento de la ley se suma la descalificación de la moral o el valor en el campo jurídico.

[...] no existe un método generalmente aceptado para determinar cuándo una norma moral es verdadera. Cuando hay desacuerdos morales profundos (por ejemplo, en los temas como el aborto, la eutanasia, la pena de muerte) ambas partes en discusión invocan normas morales que pretenden ser objetivas, pero no hay manera de determinar cuál de esas normas incompatibles es verdadera⁶⁶.

A pesar de entender que el caso de los exploradores se resuelve a través de la interpretación⁶⁷, los argumentos de uno y otro juez son válidos a los fines de la polémica entre juspositivismo y jusnaturalismo. El ministro Keen señala: “[...] deseo dejar a un lado [...] decidir si lo que estos hombres hicieron fue ‘justo’ o ‘injusto’, ‘malo’ o ‘bueno’. También esta es una cuestión irrelevante para el desempeño de mi cargo como juez, pues he jurado aplicar, no mis concepciones de moralidad, sino el derecho del país”⁶⁸. Este juez no comprende que la opción valorativa es inevitable, ya que, en última instancia, valora acertadamente aplicar las disposiciones normativas en cuestión. De lo contrario, tendría el derecho de renunciar a juzgar a los acusados en cuestión. Por otra parte, numerosas sentencias contienen votos por la mayoría y otros por la minoría, como en el caso “Arancibia”. El dilema pasa entonces por el cuestiona-

⁶⁵ Sobre el tema p. v. mi tesis doctoral “La teoría trialista...”, cit. Sobre la costumbre p. v. GALATI, “La costumbre en el Derecho Argentino. Análisis jusfilosófico y trialista de la ‘razón’ del pueblo”, Bs. As., Abaco, en prensa.

⁶⁶ BULYGIN, Eugenio, “El problema de la objetividad en la moral y en el derecho”, en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, n°24, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2006, pág. 53.

⁶⁷ No es esta la opinión de Goldschmidt: “[...] dar muerte no es justo en atención a un estado de necesidad. por ello hay que rechazar como injusto el canibalismo en estado de necesidad, por ejemplo, en el curso de una expedición polar o a causa de un naufragio.” GOLDSCHMIDT, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1958, págs. 371-372.

⁶⁸ FULLER, op. cit., pág. 48.

miento o no de las decisiones legislativas. A su turno, “[...] la concepción compleja [...] llama a y aporta los medios para la autocrítica [...] conlleva verdades biodegradables, es decir, mortales, es decir, vivientes”⁶⁹.

El problema no consiste en el desacuerdo sobre los temas morales, objetivo al cual no creo se aspire legítimamente, sino en clarificar dichas opciones valorativas, a fin de que sean analizadas en la ciencia jurídica. Desacuerdos valorativos habrá, como los habrá en el campo sociológico e incluso normativo. Es muy explicativo este pasaje de Feyerabend que recuerda al valor, tantas veces cuestionado en su existencia, pero que se asemeja a un arco iris.

Un arco iris parece ser un fenómeno perfectamente real. Se puede ver; pintar; fotografiar. Sin embargo, no podemos correr hacia él. Esto sugiere que no es como una mesa. Tampoco es como una nube, pues una nube no cambia de posición con el movimiento del observador de la manera en que ocurre con el arco iris⁷⁰.

Con esto Feyerabend quiere sostener que las divisiones verdad/falsedad, empiria/idea, son solo eso, categorías. “Las grandes subdivisiones, como la subdivisión real/irreal, son demasiado simplistas para captar las complejidades de nuestro mundo”⁷¹. Dice Morin: “[...] la verdadera racionalidad reconoce a la irracionalidad y dialoga con lo irracional. Kierkegaard ha dicho de Hegel: ‘El Herr profesor sabe todo sobre el universo, simplemente ha olvidado quién es él’”⁷². Esto es un llamado a la no mutilación y la contextualización.

La descalificación de la justicia la hace el juez Belluscio, cuando realiza una declinación de las aberraciones, y se olvida de la valorativa: “en modo alguno resultaría justificado pretender corregir una *aberración de hecho* (la de los delitos imputados) mediante una *aberración jurídica* (la aplicación retroactiva de la ley penal o la restauración de una acción penal extinguida)” (consid. 15).

⁶⁹ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 75.

⁷⁰ FEYERABEND, Paul, “La conquista de la abundancia. La abstracción frente a la riqueza del ser”, comp. por Bert Terpstra, trad. por Radamés Molina y César Mora, Bs. As., Paidós, 2001, pág. 30.

⁷¹ Íd., pág. 30.

⁷² MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 162.

Aún en el caso de que el elemento histórico de la interpretación implique que la sanción de la elevación de la jerarquía constitucional no importaba desconocer el principio de legalidad -consid. 15 del voto de Belluscio-, aún resta el análisis dikelógico. El propio Goldschmidt señala, a la hora de enfrentar el análisis dikelógico de la norma penal, que [...] en el sistema formal [derecho penal y administrativo] se prohíbe la elaboración de una norma con miras a una carencia histórica, nos encontramos con un supuesto de fraccionamiento de justicia que, como siempre, se traduce en seguridad jurídica: se descartan del enjuiciamiento de la justicia de la disposición todas las circunstancias sobrevinidas a su confección. Al contrario, con respecto a la prohibición de la elaboración de normas en atención a la carencia dikelógica, la situación es diversa. En este orden de ideas intenta desplazar el valor relativo de la previsibilidad al valor absoluto de la justicia. [...] la bendición de la carencia de normas, por ejemplo en un régimen totalitario satánico, puede reputarse por el juez, a su vez, como carencia dikelógica inaguantable de normas, en cuyo caso procederá a la integración del ordenamiento normativo⁷³.

Lo que significa que no toda norma penal, por el mero hecho de su sanción, debe acatarse. Aunque estén hechas con el loable fin de delimitar las condiciones en las cuales un individuo puede terminar encarcelado, privado de su libertad, puede utilizarse dicha norma para proteger al autor, como en el caso de las llamadas “leyes de impunidad”. No debería utilizarse la ponderable bandera del “garantismo penal” para permitir el terrorismo de Estado, la impunidad de crímenes aberrantes. El jurista germano-español aporta una reformulación de su criterio, afín a la idea de este trabajo: [...] el criterio de la hermeticidad o de la plenitud del ordenamiento normativo aspira a decretar una política de no-intervención de la justicia en el orden de repartos [...]. Esta no-intervención solo será tolerable si el orden de repartos no se desenvuelve con una injusticia insoportable⁷⁴.

Es difícil que el juez declare la carencia dikelógica cuando aún se haya bajo el yugo de los dictadores. De ahí que cobre efectividad la justicia en épocas de juzgamiento de aquellos, como en el caso en análisis. No se olvide que, en

⁷³ GOLDSCHMIDT, “Introducción...”, cit., pág. 338.

⁷⁴ *Íd.*

última instancia, la ley es un instrumento que trata de realizar la justicia.

¿Podría llegar Goldschmidt a semejante conclusión, sin observar elementos diversos, todos ellos integrantes del fenómeno jurídico? ¿Se llegaría a esta máxima solamente en base a cálculos de fechas de sanciones, años computados, y aplicación de leyes? Creo que no.

11. Si bien Eugenio Bulygin sostiene que nadie cuestiona el Derecho positivo en su existencia⁷⁵, una manera de cuestionarlo sería el de colocar a su par, otros elementos que también se incorporen en la ciencia jurídica, como el reparto (dimensión sociológica) y el valor (dimensión dikelógica). Frente a semejante cuestionamiento, Morin señala la actitud defensiva del positivismo: “toda una enorme institución burocratizada -la ciencia-, todo un cuerpo de principios, resiste al menor cuestionamiento, rechaza con violencia y desprecio como ‘no científico’ todo lo que no corresponde al modelo”⁷⁶.

12. El jusnaturalismo teológico considera que en el Derecho no basta la normatividad, sino que entran en escena los valores, el derecho natural. “[...] l’objet de la science juridique se présente [...] comme une connaissance de certaines valeurs en tant que telles”⁷⁷. El énfasis es puesto no en la conducta o la norma, sino en el valor: “le but principal de cette science [...] sera donc [...] le développement, chez les juristes, de facultés leur permettant d’appréhender ce qui est juridiquement ‘bon’”⁷⁸. A esto hay que agregar la creencia en valores *absolutos* y su consecuente aplicación correcta al caso⁷⁹.

Goldschmidt y Morin coincidirían en un derecho natural más casuístico, lo que no desecha la posibilidad de asumir criterios generales orientadores en

⁷⁵ BULYGIN, op. cit., pág. 55.

⁷⁶ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 79.

⁷⁷ HABA, Enrique, “Sciences du Droit –quelle science? Le droit en tant que science : une question de méthodes”, en “Archives de Philosophie du Droit”, t. 36 “Droit et science”, Paris, Sirey, 1991, pág. 168. “[...] el objeto de la ciencia jurídica se presenta [...] como un conocimiento de ciertos valores en tanto tales.” (Trad. del autor).

⁷⁸ Id., págs. 168-9. “El objetivo principal de esta ciencia será entonces el desarrollo, en los juristas, de facultades que les permitan aprehender lo que es jurídicamente bueno.” (Trad. del autor).

⁷⁹ Id., pág. 169. Sobre el tema p. v. tb. MASSINI CORREAS, Carlos, “Principios bioéticos, absolutos morales y el caso de la clonación humana”, en “Revista Chilena de Derecho”, vol. 28, n°4, 2001, págs. 747-757.

materia valorativa. Morin haría referencia a “la justicia”, que sólo es posible a través de “las justicias”. “[...] se dice con razón ‘las culturas’, pues *la* cultura no existe sino a través de *las* culturas”⁸⁰.

Si se recorre la Historia de la Filosofía del Derecho y las reuniones académicas de especialistas en Filosofía del Derecho, sus discusiones giran, con mayor o menor evidencia, en torno a esta polémica. La gran crítica que se hace a la escuela jusnaturalista es el excesivo énfasis que coloca en el valor, con lo cual este abuso genera el vicio del abstraccionismo, que termina por desvirtuar la función del valor. El abstraccionismo degenera en la falta de consideración de excepciones a la regla moral.

El Derecho Natural fue concebido científicamente, como abstracto, en el Catolicismo, como conjunto de principios tautológicos o multívocos y en el Protestantismo como conjunto de disposiciones [que, como dice Goldschmidt, quita al Derecho Natural su carácter universal y eterno]. Sólo los romanos, pero de modo acientífico, manejan un Derecho Natural concreto ideándolo como conjunto de soluciones de controversias. [...]

En cuanto al Derecho Natural abstracto, urge reconocer que principios tautológicos, como dar a cada cual lo suyo o hacer lo bueno, carecen de toda utilidad, que principios multívocos, como ¡no matarás!, dejan en pie las dudas más importantes, y que disposiciones realmente nunca pertenecen al Derecho Natural⁸¹.

Además, la crítica valorativa siempre es hecha sobre la base de un adecuado diagnóstico situacional, lo que implica que nunca puede saberse de antemano la solución del Derecho Natural. Cuando Carlos Massini Correas se propone abordar el problema de la clonación humana desde su marco teórico del jusnaturalismo, primero coloca el principio de la unicidad humana, que coincide con el catolicismo, y luego viene como inevitable consecuencia la condena de la práctica. No admitiendo excepciones, como las que se derivarían, por ejemplo, de la clonación de células u órganos humanos, o incluso la clonación hu-

⁸⁰ MORIN, “El Método 5. La humanidad de la humanidad. La identidad humana”, trad. de Ana Sánchez, 2ª ed., Madrid, Cátedra, 2006, pág. 71.

⁸¹ PERUGINI, Alicia, “La creación de la jurística dikelógica durante la década de 1958 a 1967 por Werner Goldschmidt”, en “La Ley”, t. 146, pág. 821.

mana para parejas que no pueden lograr la fecundación biológica.

Determinadas palabras clave son distintivas de los jusnaturalismos aprioristas: verdad, bien, mal, principios, causas, perfección humana, virtudes morales, esencia, “intrínsecamente malo”, y no ayudan a la flexibilidad indispensable en temas morales, que son tan discutidos. “¿Cuáles son mis fundamentos? La ausencia de fundamentos, es decir, la conciencia de la destrucción de los fundamentos de la certidumbre. Esta destrucción de los fundamentos, propia de nuestro siglo, ha llegado al conocimiento científico mismo”⁸². De semejante sistema ideológico pétreo se siguen conclusiones como esta: “[...] la muerte intencional de un inocente [en referencia al aborto] es mala por su esencia, sin que puedan influir en su bondad o malicia la intención con que se haga o las presuntas buenas consecuencias que puedan seguirse de ella”⁸³. Sin considerar las circunstancias que rodean la práctica en cuestión y que modelan su legitimidad⁸⁴.

Urge la necesidad de categorías sociológicas, porque no todos los casos son iguales. Aquí se ve entonces la coincidencia filosófica de las posturas analítica y jusnaturalista. Con lo cual se consuma la falta de la uniformidad, que el pensamiento complejo condena. Señala Morin: “[...] nunca pude aislar un objeto de estudio de su contexto, de sus antecedentes, de su devenir”⁸⁵. En otra oportunidad expresa uno de los riesgos de la abstracción que puede esconder el amor: “[...] el amor abstracto hacia la humanidad es tan aterrador como el odio, o incluso peor, pues se convierte fácilmente en odio hacia los hombres reales, como vio Dostoievski”⁸⁶. Al hablar de la ética, el filósofo francés vuel-

⁸² MORIN, “Introducción...”, cit., pág. 140. V. tb. MORIN, “El Método 5...”, cit., pág. 158.

⁸³ MASSINI CORREAS, op. cit., pág. 753. Tal es la posición de la Iglesia Católica. V. JUAN PABLO II, “Carta Encíclica ‘Evangelium vitae’, sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana”, Roma, 1995. Sobre la clonación y resolviendo de manera similar p. v. PONTIFICIA ACADEMIA PRO VITA, “Reflexiones sobre la clonación”, en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acdlife/documents/rc_pa_acdlife_doc_30091997_clon_sp.html (11.3.2013).

⁸⁴ Sobre el tema p. v. GALATI, “Consideraciones jurídico-sociales del aborto no punible. La autonomía del paciente frente al poder del profesional de la salud”, en “RedBioética/UNESCO”, n°6, Uruguay, aceptado para publicación.

⁸⁵ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 23.

⁸⁶ MORIN, “Introducción a una política del hombre”, trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, Barcelona, Gedisa, 2002, pág. 44.

ve a criticar a las religiones universalistas, que petrifican el amor, signo de religación superior, en abstracciones, consagrándose a lo inmortal en lugar de dedicarse a lo mortal⁸⁷, lo humano. “Tanto amor consagrado al imposible eterno”⁸⁸. En efecto, “¿no se podría descongelar la enorme cantidad de amor petrificado en religiones y abstracciones y orientarlo no ya a lo inmortal sino a lo mortal?”⁸⁹. También expresa el filósofo francés una pregunta sugerente: “¿Cómo hacer comprender que el amor debe consagrarse a lo mortal frágil, vulnerable, efímero, condenado al sufrimiento y a la muerte?”⁹⁰ Y por el incierto destino humano, que tiene su cuota de perdición por la mortalidad/degradación que nos es inherente, Morin llama a unirnos, no por la salvación en un más allá, sino para compartir la perdición terrestre y solidarizarnos en la aventura desconocida⁹¹.

13. Por otra parte, Goldschmidt señala que el valor encuentra su quicio en el criticismo jusnaturalista, que evalúa el material del resto de las dimensiones, es decir, el valor no es un *a priori* del hecho y la norma. Y así como no es un dogma la indisolubilidad del vínculo matrimonial, la heterosexualidad de los contrayentes, la libertad de circulación, tampoco lo es el principio de legalidad, que se aceptaría en todo momento y lugar, es decir, ante cualquier circunstancia. Evidentemente, “[...] mucha abstracción general despegada de lo concreto”⁹² es perjudicial. El propio jurista germano-español señala en otra oportunidad: “[...] lo justo es producido por el acto de justicia y es, por consiguiente, siempre un justo particular”⁹³.

También cita a Jaspers cuando habla del proceso, como forma justa del reparto autoritario: “la verdad se realiza a través de la comunicación, emergiendo de ella y haciéndose visible a ella; no existe previamente y luego es comu-

⁸⁷ MORIN, “El Método 6. Ética”, trad. de Ana Sánchez, Madrid, Cátedra, 2006, págs. 41-42.

⁸⁸ Íd., pág. 42.

⁸⁹ MORIN, y KERN, Anne Brigitte, “Tierra-Patria”, trad. de Ricardo Figueira, Bs. As., Nueva Visión, 2006, pág. 197.

⁹⁰ MORIN, “El Método 6...”, cit., pág. 119.

⁹¹ MORIN, y KERN, op. cit., págs. 197-198.

⁹² MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 47.

⁹³ GOLDSCHMIDT, “La ciencia...”, cit., pág. 83.

nicada”⁹⁴. Lo que sí ocurre con los criterios o dogmas de valor del jusnaturalismo, en donde del “no matarás” surgen los deberes más variados y antojadizos, es decir, no fundamentados en situaciones de la vida. “[...] en las sociedades arcaicas [...] el dispositivo cultural de las normas está protegido, blindado, dentro de lo sagrado, del tabú, de lo prescrito y de lo ritual y opone sus resistencias a la novedad [...]”⁹⁵.

Ciuro Caldani expresa a los fines de la armonía en toda teoría jurídica que debe haber una comunicación entre lo general y lo particular, lo que no ocurre con el jusnaturalismo universalista, conexas con el protestante, en tanto ignora las particularidades de las circunstancias⁹⁶.

En el marco del jusnaturalismo teológico, Rodolfo Vigo titula una de sus obras “La injusticia extrema no es Derecho. De Radbruch a Alexy”. Precisamente, Radbruch manifiesta su apego al derecho natural apriorista: “toda alma se someta a las potestades superiores, porque no hay superioridad sino de Dios; y las que son, de Dios son ordenadas”⁹⁷. Por ello es poco feliz la cita de Goldschmidt a la hora de referirse a la resistencia a la opresión del gobernante: “si el oprimido no halla su derecho en ninguna parte, si se le hace insoportable el gravamen, tiende sus manos confiadamente hacia el cielo y baja sus derechos eternos, que penden allí arriba inalienable e incorruptiblemente como las

⁹⁴ Íd., pág. 410. Ahora se entiende la existencia de los comités hospitalarios de bioética, que han cuestionado el poder paternalista del médico y el carácter objetivo de los valores. La recomendación no surgirá de expertos, ni de palabras autorizadas, sino del diálogo. Sobre el tema p. v. GALATI, “Comprensión trialista y transdisciplinaria de los comités hospitalarios de bioética”, inédito. V. tb. GALATI, “La Bioética y el Bioderecho y las relaciones entre valores. Propuestas de soluciones para los comités de ética”, en AAVV, “Derecho y complejidad -en homenaje al Prof. Miguel Ángel Ciuro Caldani”, coord. por Eduardo Lapenta y Fernando Ronchetti, Azul, Fac. de Derecho, UNICEN, 2011, págs. 383-391; GALATI, “Compréhension transdisciplinaire et trialiste des comités d’éthique cliniques”, en “Rencontres Transdisciplinaires”, sec. “Pratique de la transdisciplinarité”, Paris, CIRET, 2011, en http://basarab.nicolescu.perso.sfr.fr/ciret/ARTICLES/liste_articles.html (10.12.2011); <http://unr.edu.ar/noticia/6084/patrones-alimenticios-en-estudiantes-tratamiento-periodontal-comites-de-bioetica-sensibilidad-de-campylobacter-psicoanalisis-laciano-y-lectinas-en-immunohematologia> (21.3.2013).

⁹⁵ MORIN, “Sociología”, trad. de Jaime Tortella, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 175.

⁹⁶ CIURO CALDANI, “El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)”, Rosario, FIJ, 2001, pág. 82.

⁹⁷ RADBRUCH, Gustav, “Rechtsphilosophie”, 3ª ed., Leipzig, Quelle und Meyer, 1932, pág. 82.

mismas estrellas”⁹⁸. La mejor manera de tomar contacto con los derechos naturales es sin intermediario; y viéndolos reflejados en las caras de los congéneres que sí disfrutaban de ellos. La evidencia es tan clara, que no es necesario llamar a Dios, sino tender la mano del prójimo.

14. El dogmatismo puede degenerar en la ceguera de tratar de alcanzar el valor en cuestión a través de cualquier medio, como por ejemplo, cuando la santidad persigue, a través de la tortura de la inquisición⁹⁹ o avalando regímenes no humanistas. Dicha ceguera se da porque precisamente se desconoce la realidad social.

Poblaciones y culturas enteras fueron erradicadas en un intento por crear un mundo uniforme no a causa de alguna desventaja de adaptación, o porque estorbaran los planes de algún conquistador; sino porque sus convicciones no se ajustaban a la verdad de una religión o filosofía particular. [...] Las leyes de Moisés [...] abundan en fantasías sangrientas respecto al exterminio radical de los gentiles en Canaán en general y de los habitantes de las ciudades en particular. Y la ley para exterminar a los gentiles está motivada por la abominación que representa su fidelidad a otros dioses distintos de Yahvé [...] ¹⁰⁰.

El dogmatismo, producto del abstraccionismo, no sólo se da en la religión, sino que ha tenido su seno en el comunismo soviético. “Trotski formuló esta ética supuestamente superior: todo lo que sirve a la revolución es moral, todo lo que la combate es inmoral; fue asesinado por el fanático Mercader convencido de actuar moralmente para el socialismo”¹⁰¹. Son más los elementos que unen a los estalinistas con los dictadores argentinos de 1976-1983, que los elementos que los separan; mientras que los militares argentinos decían luchar contra el comunismo. “[...] los peores excesos del terror de Estado, incluida la tortura sistemática, están moralmente justificados en nombre de la lucha contra el terrorismo”¹⁰².

⁹⁸ SCHILLER, Wilhelm, “Stauffacher”, acto II, escena II, cit. por GOLDSCHMIDT, “La ciencia...”, cit., pág. 234.

⁹⁹ La tortura puede tomar formas indirectas como los casos de negación del aborto por anencefalia, por ejemplo. Sobre el tema p. v. GALATI, “Consideraciones...”, cit.

¹⁰⁰ FEYERABEND, op. cit., págs. 24-25.

¹⁰¹ MORIN, “El Método 6...”, cit., pág. 60.

¹⁰² Íd., pág. 60.

Morin coincide con Feyerabend a la hora de mencionar la causa del enfriamiento de las ideas, la causa de la clausura del debate de ideas, que nos proviene de la normalización del *imprinting*, de la sequedad del ser.

[...] la institución filosófica y la tradición crítica aparecen a la vez en Atenas con la instauración de una esfera dialógica para las ideas. [...] la escuela de Atenas fue cerrada en el 529 como consecuencia del triunfo absoluto, en el Imperio romano, de una religión que imponía su Verdad incontestable; la tradición crítica fue suspendida durante algunos siglos, y la dialógica de las ideas tuvo que acurrucarse en el interior de la Fe¹⁰³.

La institución cristiana fue afectada a las persecuciones. “[...] desde Pablo, el cristianismo la denunciará [a la filosofía] como ‘engaño’ al servicio del paganismo. La oficialización del cristianismo como religión del Imperio será fatal para la autonomía filosófica [...]. La filosofía no muere, pero a partir de ese momento será integrada/sojuzgada [...]”¹⁰⁴. En otra oportunidad, Morin criticará lo que ha llegado a hacerse en nombre de la salvación o el amor. “[...] el amor y la fraternidad, expresiones supremas de la moral, son fáciles de engañar. Ninguna religión ha sido más sangrante y cruel que la religión de Amor¹⁰⁵”.

14.1. Es dable destacar el episodio que protagonizó el obispo Antonio Basetto otrora encargado del vicariato castrense del ejército argentino, pretendiendo justificar la protección de los niños indefensos a través de la cita de una lectura bíblica que justifica el arrojar gente al mar atados con una soga a una piedra. El entonces presidente Néstor Kirchner dejó sin efecto su acuerdo a través del dec. 220/05, luego de que considerara muy poco felices sus declaraciones. El obispo citó el evangelio de Lucas 17-1/3: Dijo a sus discípulos: ‘Es imposible que no vengan escándalos; pero, ¡ay de aquel por quien vienen!’

2 Más le vale que le pongan al cuello una piedra de molino y sea arrojado al mar, que escandalizar a uno de estos pequeños.

3 Cuidaos de vosotros mismos. ‘Si tu hermano peca, repréndele; y si se arrepiente, perdónale.

¹⁰³ MORIN, “El Método 4...”, cit., pág. 34.

¹⁰⁴ Íd., págs. 57-58.

¹⁰⁵ MORIN, “El Método 6...”, cit., pág. 60.

En consecuencia le quita el rango de subsecretario y el sueldo correspondiente de \$5000 que obtuviera por el dec. 1084/98.

El obispo había sugerido -en base a una cita bíblica- que el ministro de Salud, Ginés González García, merecería que ‘le colgaran una piedra al cuello y lo arrojaran al mar’ por declararse a favor de la despenalización del aborto y el reparto de preservativos entre los jóvenes ante el Sida. Esto llevó a Kirchner a solicitar su remoción al Vaticano, que rechazó el pedido¹⁰⁶.

Estas expresiones cayeron como un balde de agua fría al ex presidente, quien reivindicaba muy intensamente la defensa de los Derechos Humanos con motivo de los hechos ocurridos en el llamado “Proceso de Reorganización Nacional” de 1976-1983. Dice el decreto en sus considerandos:

Que las expresiones de [...] BASEOTTO, invocando alegorías de connotaciones muy fuertes en la [...] Argentina, que recuerdan los llamados ‘vuelos de la muerte’, reivindican los métodos de la dictadura, apoyan a los ejecutores de tales crímenes y lejos están de aportar a la paz y la armonía o al cuidado espiritual de las Fuerzas Armadas.

Este ejemplo muestra que las declaraciones del religioso fueron hechas sin tener en cuenta el contexto, lo que implica que no tienen en cuenta la realidad social. Un texto, por el mero hecho de la autoridad que dice revestir, se considera avalado como para justificar cualquier conducta. Se relaciona con el objeto de estudio de este trabajo porque alude a las consecuencias desafortunadas del jusnaturalismo, que es abstracto y no mide consecuencias, y porque ilustra las prácticas de la época que trata de condenar el fallo “Arancibia”. “M. Laporte dice que se abstrae cuando se piensa como aislado aquello que no está hecho para existir aisladamente. Por oposición, lo concreto es una totalidad capaz de existir por sí sola”¹⁰⁷. Como Heidegger dice, siempre se trata de un ser-en-el-mundo¹⁰⁸.

14.2. La misma condena al apriorismo puede verse en el juez Foster del ca-

¹⁰⁶ RUBIN, Sergio, “Caso Baseotto: el Vaticano habla de violación a la libertad religiosa”, <http://www.clarin.com/diario/2005/03/20/elpais/p-00301.htm> (19.4.2006).

¹⁰⁷ SARTRE, Jean Paul, “El ser y la nada: Ensayo de ontología fenomenológica”, trad. de Juan Valmar, Barcelona, Altaya, 1993, pág. 39.

¹⁰⁸ V. íd., pág. 40.

so de los exploradores: Las condiciones usuales de la existencia humana nos inclinan a ver en la vida de los hombres un valor absoluto, que bajo ninguna condición ha de sacrificarse. Hay mucho de ficticio en esta concepción [...]. Diez obreros murieron en el proceso de despejar la roca de la abertura de la caverna. [...] Si fue justo [...] que aquellas diez vidas se sacrificaran para salvar la vida de cinco exploradores atrapados, ¿a qué título, entonces, se nos dice que estuvo mal que aquellos exploradores llevaran adelante un convenio que salvaría cuatro vidas a costa de una sola¹⁰⁹?

El jusnaturalismo, sobre todo teológico, llegaría a una solución condenatoria en el caso de los exploradores, basándose en el dogma de la inviolabilidad o sacralidad de la vida humana. Así como la ley natural debe cumplirse sin excepciones, lo propio habría ocurrido con la ley penal -que manda la prescripción- a propósito del caso “Arancibia”. Recuérdese que para el jusnaturalismo hay absolutos morales y no hay un “criticismo jusnaturalista” como lo señala el trialismo, que parte del caso, que luego valora, no a la inversa. Recuérdese también que la Iglesia ha condenado al comunismo y a su vertiente religiosa más afín, que es la teología de la liberación. Y así se asiste al abstraccionismo, que iguala lo que no es igualable.

El juez de la Corte bonaerense Pettigiani, señala en el caso “B., A. s. autorización judicial” referido a la anencefalia: La más leve categorización que hagamos entre seres humanos en cualquier estadio de su existencia distinguiéndolos por el grado de fortaleza o de salud que ostenten a los fines de decidir sobre su eventual viabilidad nos arrastrará inevitablemente hacia una progresiva deshumanización, llevándonos finalmente a consentir las aberraciones más inimaginables, de las cuales el nazismo no ha sido sino una muestra que por cierto puede repetirse bajo otras formas’ (consid. 7).

No es correcto discriminar a los iguales, pero sí a los casos distintos. Este es el peligro del jusnaturalismo: el abstraccionismo del valor, que no distingue cuando hay que distinguir por su desapego de la realidad social, que es la que expone distintos materiales, a fin de ser distinguidos.

¹⁰⁹ FULLER, op. cit., págs. 25-26.

El iusnaturalismo tradicional expresaría [...] que si el derecho natural [...] no ha sido positivizado todavía al momento de resolverse un caso, este caso puede hallar solución *directa* en los principios aún no positivizados del derecho natural¹¹⁰.

Otro juez del caso de los exploradores evidencia un argumento naturalista, apriorista. El ministro Tatting señala: “[...] creo sumamente probable que si estos hombres hubieran sabido que la ley calificaba su acto como asesinato hubieran esperado por lo menos unos días antes de llevar a cabo su plan. Durante este tiempo alguna solución inesperada se hubiera podido presentar”¹¹¹. Este juez no puede comprender ni colocarse en la situación de los acusados, a punto de morir, en un estado de desesperación y en el terrible estado de tener que asesinar a un colega para sobrevivir. La mente humana puede tener caminos inesperados. De hecho pudieron no haber cometido dicho crimen. Pero en semejante estado límite, ¿somos capaces de juzgar una conducta? No puede saberse de antemano qué conducta se seguirá. Cuando Goldschmidt habla de los límites de los repartos -categoría de la dimensión sociológica- dice: [...] con miras a lo vital, dentro o fuera de la comunidad, no pueden darse reglas generales de previsible funcionamiento. O el legislador se abstiene de dar normas generales al efecto. O el legislador, bajo la falsa apariencia de normas, emite meras pautas que no permiten prever su aplicación en ningún caso. O, en fin, el legislador da verdaderas normas generales; en este supuesto, las normas luego no se cumplen¹¹².

14.3. Sólo quien crea en los milagros puede elucubrar semejantes fantasías como “alguna solución inesperada”. Tal solución apriorista pudo observarse en el caso “B., A. s. autorización judicial”¹¹³, en donde uno de los jueces sostuvo, pronunciándose contra el adelantamiento del parto de un feto anencéfalo: Debe revocarse la sentencia recurrida, no autorizarse la solicitada inducción del parto y disponerse que la señora A. B. y su esposo sean desde ya y por el

¹¹⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., “Filosofía del Derecho Constitucional”, Bs. As., Ediar, 1969, pág. 247.

¹¹¹ FULLER, op. cit., pág. 42.

¹¹² GOLDSCHMIDT, “Introducción...”, cit., pág. 76.

¹¹³ Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Prov. de Buenos Aires, del 22.6.2001. En c. p. v. “T., S. c. Gob. de la Ciudad de Bs. As., s. amparo”, fallado por la CSJN el 11.01.2001.

tiempo que resulte médicamente razonable sometidos a tratamientos psiquiátricos y psicológicos. Y que intervengan desde ahora los médicos especializados en las *eventuales consecuencias negativas* que la presente decisión y sus efectos pudieran ocasionar en la salud de la demandante¹¹⁴.

Parece muy sencillo autorizar sufrimientos ajenos sin preguntarnos si nosotros mismos los sufriríamos¹¹⁵. Así como no puede callarse el dolor de la gestante, ni de los deudos de las víctimas de la dictadura, el Derecho debe ser el lugar para acoger el dolor, la consiguiente reflexión sobre el mismo; y fundamentalmente para repararlo. Una limitación a la ley, como la que realiza la justicia, se transforma en una ampliación del conocimiento del Derecho. “[...] una limitación al conocimiento se transforma en una ampliación del conocimiento”¹¹⁶. Por otra parte, la ética reclama la comprensión. Al respecto, en el caso que señalo, seguramente primó el dogmatismo religioso. Dice Morin: “a menudo, en el origen de los fanatismos, los dogmatismos, [...] los furores, hay incompreensión de sí y del prójimo”¹¹⁷. Como señala Basarab Nicolescu, la realidad reducida a lo sagrado consagra el fanatismo e integrismo religiosos¹¹⁸. Al contrario, el jusnaturalismo trialista es un criticismo.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la Iglesia Católica en “*Evangelium vitae*”, si bien niega como principio la aceptación de la eutanasia, admite dos excepciones: la distanasia y la ortotanasia, es decir, cuando sobre la persona se pretende un encarnizamiento terapéutico sin beneficio alguno para ella, y cuando los tratamientos paliativos pueden ocasionarle la muerte. De todas formas, en este último caso, limita la administración del tratamiento a la lucidez del paciente a fin de tomar contacto con los deberes religiosos y poder tener conciencia del acercamiento a Dios: “[...] no es lícito privar al moribundo de la conciencia propia sin grave motivo [...] acercándose a la muerte, los

¹¹⁴ Consid. 7, del voto del juez Ernesto Ghione, integrante de la mayoría. El resaltado me pertenece.

¹¹⁵ Esto me recuerda la película de Michael Moore, el cineasta estadounidense que solicitó a varios de sus legisladores si alistarían a sus hijos en la guerra en Irak emprendida por el gobierno de George Bush, todos los cuales se negaron o eludieron la pregunta.

¹¹⁶ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 73.

¹¹⁷ MORIN, “El Método 6...”, cit., pág. 121.

¹¹⁸ NICOLESCU, Basarab, “La transdisciplinarité. Manifeste”, Monaco, du Rocher, 1996, pág. 108.

hombres deben estar en condiciones de poder cumplir sus obligaciones morales y familiares y, sobre todo, deben poderse preparar con plena conciencia al encuentro definitivo con Dios.

14.4. De ser el valor eterno, no podría haberse dejado de condenar la esclavitud. “[...] las iglesias no tenían que combatir la esclavitud en cuanto no ponía en peligro ni la salvación del alma del dueño ni tampoco del esclavo”¹¹⁹.

En todas estas apreciaciones prima la abstracción, que revela la calidad doctrinaria del jusnaturalismo teológico. La doctrina significa: a) mencionar que los axiomas de su pensamiento son evidentes, y no indemostrables como en las teorías; b) tiene un núcleo duro insensible a la experiencia; c) posee la verdad ella sola; d) rechaza todo lo que le es extraño¹²⁰. De allí que todo esto genere autotranscendencia, autosacralización y autodeificación¹²¹, características típicas de una doctrina religiosa. “[...] al igual que la repetición de los artículos de fe regocija a los dioses y regenera a la religión, las exégesis, citas, recitaciones ininterrumpidas de los textos originarios de los Padres de la doctrina vuelven a darle a ésta vigor y juventud. [...] la idea doctrinaria puede adquirir incluso la soberanía de un dios”¹²².

Morin añade también los receptáculos y climas que favorecen a las doctrinas o teorías. “[...] el ecosistema científico garantiza de forma bastante eficaz la apertura de las teorías [...]. El ecosistema de un partido político rígidamente centralizado favorece la doctrinarización que a su vez favorece la centralización rígida [...]”¹²³. Cabe incluir en este sentido a las religiones, que suelen ser verticalistas, uniformizadoras y que se inmiscuyen en todas las disciplinas científicas, y por supuesto en el Derecho. “La idealización y la racionalización sojuzgan al espíritu humano sojuzgando lo real. Y [...] las doctrinas e ideologías fuertemente cargadas de sustancia mitológica o religiosa son las que amplían estas tendencias”¹²⁴.

¹¹⁹ GOLDSCHMIDT, “La ciencia...”, cit., pág. 377.

¹²⁰ MORIN, “El Método 4...”, cit., págs. 136-137.

¹²¹ Íd., pág. 137.

¹²² Íd., pág. 138.

¹²³ Íd.

¹²⁴ Íd., pág. 141.

15. Como decía Thomas Kuhn, las revoluciones científicas se operan cuando una teoría se muestra incapaz de integrar observaciones cada vez más centrales. “Una teoría sustituye a la antigua teoría y, eventualmente, integra a la antigua teoría, provincializándola y relativizándola”¹²⁵. Es lo que ocurre con el tridimensionalismo trialista y el papel que le adjudica a la dimensión normológica. Hay aquí una doble relativización. Al interior de la dimensión, con el funcionamiento y las funciones de las normas, ya que el concepto de norma se relaciona con la realidad social, y la relativización más importante se da al incluir otras dimensiones en el Derecho como la sociológica y dikelógica.

16. No es un ejercicio muy difícil pensar que el jusnaturalismo reemplaza la legislación humana que ensalza el positivismo, por la legislación natural que ensalza a Dios, llevando consigo las críticas que merece toda legislación. Sobre la ley, decía Santo Tomás que es “[...] cierta prescripción de la razón en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”¹²⁶. La diferencia está dada aquí por la introducción de la razón, que es la razón de Dios, que determina la ley humana.

[...] el mundo es regido por la divina Providencia, que la comunidad toda entera del universo es gobernada por la razón divina; por consiguiente, esa razón del gobierno y ordenación de todas las cosas existente en Dios como en supremo monarca de todo el universo, tiene carácter de ley¹²⁷.

Para que no queden dudas, el aquinate dice: “la ley eterna, [...] comienza en Dios y termina en Dios”¹²⁸. En suma, “[...] atrás de esta fachada discursiva, está el interés de la Iglesia por imponer, en la última instancia de la conducción política, su supremacía frente al poder laico. Éste es el hecho que ideológicamente la promueve, el cual es perceptible, aunque queda a extramuros”¹²⁹. Lo cual ocurre por no tomar ningún fenómeno como “hecho” a los fines de

¹²⁵ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 74.

¹²⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, “La ley”, trad. y notas de Constantino Fernández-Alvar, Bs. As., Labor, 1936, pág. 25.

¹²⁷ *Íd.*, pág. 28.

¹²⁸ *Íd.*, pág. 29.

¹²⁹ COSSIO, Carlos, “Radiografía de la teoría egológica del Derecho”, Bs. As., Depalma, 1987, pág. 188.

sustentar sus desarrollos¹³⁰. Y como la legislación divina comparte con la legislación humana el voluntarismo, sólo el discurso se hace evidente, revelando la deficiencia ontológica¹³¹.

Teoría alguna está hecha para solución alguna a propósito de un problema como el que se trata en este trabajo. Precisamente porque una teoría se piensa para los problemas en general. No obstante, la inclusión o no de ciertos aspectos, como las dimensiones, torna proclive a algunas teorías a aceptar soluciones audaces como la propuesta en este fallo. Así vemos cómo el trialismo es una doctrina que puede dar lugar al desarrollo de carencias dikelógicas, de justicia, lo que no ocurre con las otras doctrinas, como la analítica, que no admite lagunas, y como la jusnaturalista, en donde el apriorismo no permite excepciones o las mismas son hechas a antojo del aplicador. El positivismo normológico no admitiría ir contra una ley, sea o no penal. Y el jusnaturalismo comparte con el normativismo el vicio de la abstracción, la uniformidad y la carencia de percepción de las excepciones. Los jueces de la disidencia de “Arancibia” no admiten excepciones al primado de la ley penal que habilita las prescripciones; porque para ellos todos los delitos son iguales.

4. PARADIGMAS APLICADOS O DOCTRINAS

1. El resultado al que llegan estos pensamientos depende de lo que se selecciona como elemento apto para aportar la solución: la ley, el valor, la conducta, etc. Aunque cabe preguntarse qué nos hace seleccionar dichos elementos, o por qué hacemos hincapié en ellos. Se trata de los paradigmas, que son ideas maestras que nos llevan a priorizar en la amplia realidad este o aquel aspecto de los fenómenos. Como sostiene Radbruch “allí donde se enfrentan, combatiéndose, preceptos contrapuestos y supremos del deber ser, concepciones contrapuestas del valor, el mundo y la vida, no cabe entre ellas una decisión científica de carácter unívoco”¹³². Así como hay distintos métodos anticonceptivos, que tratan de llegar a una única solución: evitar el embarazo o el contagio

¹³⁰ *Íd.*

¹³¹ *Íd.*, pág. 189.

¹³² RADBRUCH, “Filosofía del Derecho”, trad. de José Medina Echavarría, 4ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, pág. 17.

de enfermedades de transmisión sexual, y cada uno elige el que considera más adecuado a su parecer, lo mismo se plantea en el ámbito científico y científico-jurídico¹³³. Recuérdese también el caso de los geocentristas y los heliocentristas que polemizaban acerca de la posición de la Tierra y el Sol en el sistema solar. Cada uno seguía la idea que profesaba y trataba de seleccionar aquellos elementos confirmatorios de su creencia, descartando los otros¹³⁴. Puede señalarse también por qué se condena, válidamente, sólo al exterminio nazi y se olvida el Gulag de la ex URSS¹³⁵, numéricamente más dañino.

[...] hay que evitar encerrarse en un pensamiento binario, vale decir, un pensamiento obnubilado por un solo polo de atención, en detrimento de los otros. Si se insiste demasiado sobre el caso de Auschwitz, se corre el riesgo de minimizar el gulag [...] si nos limitamos únicamente al factor cuantitativo, el número de muertos provocado por los campos de concentración soviéticos ha sido con mucho el más importante. El gulag ha durado más que el período de exterminio nazi que comienza en 1942 y termina a comienzos de 1945. [...]

El genocidio judío nos parece más horrible que el exterminio masivo que fue el gulag, del que no hemos tenido imágenes, y que fue ocultado largo tiempo¹³⁶.

¿No nos ocurre esto en la vida diaria, convirtiendo muchas veces a las polémicas en discusiones entre sordos? “Estas operaciones [...] son de hecho comandadas por principios ‘supralógicos’ de organización del pensamiento o paradigmas, principios ocultos que gobiernan nuestra visión de las cosas y del mundo sin que tengamos conciencia de ello”¹³⁷. ¿Por qué elegimos la lectura de un diario determinado y no de otro? ¿Qué nos hace elegir a un partido político u otro a la hora de votar? ¿Cuál es el mejor? Nos dice el anarquista epistemológico: [...] entender un objeto significa transformarlo, sacarlo de su me-

¹³³ Sobre el tema p. v. GALATI, “Visión compleja de los paradigmas científicos y la interpersonalidad en la ciencia”, en “Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales”, n°44, Santiago, Fac. de Cs. Sociales, Univ. de Chile, 2012, págs. 122-145, en <http://www2.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/44/galati.html> (26.9.2012).

¹³⁴ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 28.

¹³⁵ Íd., págs. 28-29.

¹³⁶ MORIN, “Breve historia de la barbarie en Occidente”, trad. de Alfredo Grieco y Bivio, Bs. As., Paidós, 2006, págs. 105-107.

¹³⁷ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 28.

dio natural e insertarlo en un modelo, en una teoría o en un relato poético del mismo. Pero un tipo de transformación puede ser mejor que otro en el sentido de que permite o incluso explica lo que para otra transformación sigue siendo un enigma indescifrable¹³⁸.

Debemos evitar, por ejemplo, a través de los estudios sobre la justicia, que dicho tema sea ocultado, indescifrable¹³⁹.

Dice Feyerabend, citando a Monod: “el conocimiento libre, [...] no es el resultado de la evidencia, sino *una elección que precede* a la acumulación de evidencias y al inicio de la interpretación”¹⁴⁰. Ahondando en el tema, “la delicadeza ontológica cuenta poco cuando la supervivencia de una tribu, nación o grupo religioso, o la reputación de una profesión respetable está en juego”¹⁴¹. No deben olvidarse entonces las disputas de poder en el concurso de los paradigmas. Nótese en este sentido, cómo EE.UU. no ha podido dar razones valederas acerca del ataque a Irak en 2003, ya que las armas de destrucción masiva no se encontraron, y no es un país con características muy distintas de otra nación africana o asiática con respecto al funcionamiento democrático.

2. Será nuestra tarea, a través de la introspección, el análisis interior, que implica que decidamos en base a nuestra historia personal, cuál es el paradigma y la consecuente doctrina que utilizaremos a fin de recorrer el camino del Derecho. Lo interesante de esta elección es que no es para siempre, como tal vez una persona elija a un equipo de fútbol, a quien se le debe lealtad para toda la vida. Esta elección jurídica la podemos revisar en todo momento en base

¹³⁸ FEYERABEND, op. cit., pág. 33.

¹³⁹ Sobre el tema p. v. a GOLDSCHMIDT, “La ciencia...”, cit.; CIURO CALDANI, “Metodología dikelógica”, Rosario, FIJ, 2007; GALATI, “Una interpretación goldschmidtiana del objetivismo valorativo de Werner Goldschmidt”, en AAVV, “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”, coord. por Miguel Ángel Ciuro Caldani, Rosario, FIJ, 2007, págs. 101-106.

¹⁴⁰ FEYERABEND, op. cit., pág. 28. Monod es también un pensador citado por Morin. V. “La cabeza bien puesta. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento”, 1ª ed., trad. de Paula Mahler, Bs. As., Nueva Visión, 2002, pág. 118; “El Método 1. La naturaleza de la naturaleza”, trad. de Ana Sánchez en colab. con Dora Sánchez García, 3ª ed., Madrid, Cátedra, 1993, cit., pág. 130; “Articular los saberes. ¿Qué saberes enseñar en las escuelas”, trad. de Geneviève de Mahieu, con la colab. de Maura Ooms, prólogo de Raúl Motta, 2ª ed., Bs. As., Universidad del Salvador, 2007, pág. 28.

¹⁴¹ FEYERABEND, op. cit., pág. 34.

a nuestro aprendizaje.

2.1. Este paradigma nos hará ver determinadas cosas y nos las hará ver de determinada manera. Nos traerá ventajas pero también desventajas. Será nuestra labor evaluar las mismas y en el balance de cada una sopesar a fin de decidir. “En ese universo el problema no es qué es ‘real’ o qué no [...]. El problema es qué sucede, en conexión con qué, quién fue, es, o puede ser engañado por el suceso y cómo”¹⁴². Ya que “¿cómo puede una realidad objetiva que no es dada ser explorada con la ayuda de las apariencias (pensamientos, percepciones, recuerdos) que son dadas, pero que son idiosincrásicas y engañosas?”¹⁴³

2.2. Un elemento a tener en cuenta a la hora de entender más a los paradigmas puede ser la conocida y popular frase del Martín Fierro, según la cual el pez chico queda atrapado en la red, y el pez grande la rompe. “[...] la ley se hace para todos, / más sólo al pobre le rige. // La ley es tela de araña, / en mi inorancia lo explico: / no la tema el hombre rico, / nunca la tema el que mande, / pues la ruerpe el bicho grande / y sólo enrieda a los chicos”¹⁴⁴. Es así como un paradigma puede aparecer como una especie de filtro que deja pasar ciertas ideas y restringe el acceso de otras.

5. PENSAMIENTO COMPLEJO

1. El caso en cuestión nos revela precisamente la confusión, el desorden. ¿Quién hubiera imaginado que el Estado encargado de “servir y proteger a la comunidad” se convertiría en su peor verdugo, en el villano más cruel que jamás hayamos imaginado? En el caso de los exploradores, el ministro Tating, que finalmente se abstiene, llega a señalar: “cuanto más examino este caso y pienso en él, tanto más profundamente me abisma”¹⁴⁵. No obstante, el desafío de la complejidad debe sortearse. La realidad escapa a cualquier previsión. De manera que este caso no puede resolverse en la mera aplicación de la ley. “[...] es complejo aquello que no puede resumirse en una palabra maestra,

¹⁴² Íd., pág. 31.

¹⁴³ Íd., pág. 36.

¹⁴⁴ HERNÁNDEZ, José, “Martín Fierro”, 32ª ed., Bs. As., Losada, 2004, pág. 204.

¹⁴⁵ FULLER, op. cit., pág. 45.

aquello que no puede retrotraerse a una ley [...]”¹⁴⁶.

2. Reducir el Derecho a la ley es un ardid del idealismo, en tanto ya no se trata de reducir la realidad a la idea sino de reducir la enorme complejidad del Derecho a lo que muestra la ley. “La patología de la idea está en el idealismo, en donde la idea oculta a la realidad que tiene por misión traducir, y se toma como única realidad”¹⁴⁷. Esto tiene una larga tradición que comienza en Grecia cuando algunos filósofos plantearon la elevación al mundo de las ideas, y llamaron al resultado un mundo real¹⁴⁸. “[...] los detalles [...] no eran únicamente *irrelevantes para éste o aquel propósito*, eran *irreales* [...] y debían ser desechados”¹⁴⁹.

3. El pensamiento simple revela carencias, ya que este caso no puede tratarse por un único elemento, sea la ley o el valor. Aún cuando se acuerde en la ley, en última instancia, se acuerda en su justicia. La ley se revela insuficiente si no cumple con el requisito de justicia. “[...] un camino en el cual aparecerán, [...] los límites, las insuficiencias y las carencias del pensamiento simplificante [...]”¹⁵⁰. Así como Shakespeare decía que hay más cosas en el mundo que en toda nuestra filosofía, puedo decir que hay más cosas en el Derecho que en todas nuestras leyes. La carencia dikelógica del idealismo se transforma y se justifica en la carencia epistemológica del pensamiento simple.

4. Por ello, con los aportes de la teoría de sistemas, aplicable al átomo, la galaxia, la molécula, la célula, el organismo y la sociedad, podemos vernos del sistema como “[...] asociación combinatoria de elementos *diferentes*”¹⁵¹. No es casual entonces la denominación del positivismo jurídico como “escuela analítica”, ya que una de las ventajas del sistemismo es “[...] haber puesto en el centro de la teoría, con la noción de sistema, no una unidad elemental discreta, sino una unidad compleja, un ‘todo’ que no se reduce a la ‘suma’ de sus partes constitutivas [...]”¹⁵².

¹⁴⁶ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 21.

¹⁴⁷ Íd., pág. 34.

¹⁴⁸ FEYERABEND, op. cit., pág. 35.

¹⁴⁹ Íd.

¹⁵⁰ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 22.

¹⁵¹ Íd., pág. 41. El resaltado es mío.

¹⁵² Íd., pág. 42.

5. La complejidad es integradora porque a la vez que reconoce la necesidad del orden, dialoga a su vez con aquello que aporta confusión, problematicidad, incertidumbre¹⁵³. “[...] la complejidad es un tejido (*complexus*: lo que está tejido en conjunto) de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados: presenta la paradoja de lo uno y lo múltiple”¹⁵⁴. En referencia a las doctrinas jurídicas, trata “[...] de integrar la verdad de uno y otro, es decir, de ir más allá de la alternativa”¹⁵⁵. Porque “[...] los términos alternativos se vuelven antagonistas, contradictorios y, al mismo tiempo, complementarios en el seno de una visión más amplia que deberá reencontrar y afrontar nuevas alternativas”¹⁵⁶. La complementariedad conlleva la posibilidad de conciliar aquello que en principio posee caracteres heterogéneos.

En el caso debe complementarse la idea de seguridad jurídica con justicia, recordando que mientras más justicia haya y esto sea posible, tanto mejor, ya que ésta no es un valor relativo. Ya no se trata de expulsar la justicia por contradecir o mostrar los errores de los ordenamientos normativos, sino de integrarla para controlar y hacer más humano al sistema. Por ello Morin dice que la racionalización es la patología del pensamiento, que intenta encerrar la realidad dentro de un sistema coherente, y cualquier contradicción con el mismo es descartada, puesta al margen¹⁵⁷. No hay mejor ejemplo de racionalización que las purificaciones kelsenianas. Ya que éstas muestran la particularidad de la realidad, su diversidad y la posibilidad del cuestionamiento al régimen. Aquí se ve a la falta como muestra de la complejidad. En el positivismo incluyente se ve al arrepentimiento como demostración indirecta de la complejidad del fenómeno jurídico.

Dabove señala que desde el punto de vista de la construcción del saber jurídico, éste debe integrarse con componentes diversos. “[...] el Derecho puede ser comprendido como una complejidad, resultante de la interacción diversa

¹⁵³ Íd., pág. 22.

¹⁵⁴ Íd., pág. 32. V. tb. a DABOVE, Ma. Isolina, “Argumentación jurídica y eficacia normativa: una mirada desde el paradigma de la complejidad”, digitalizado, por atención de la autora.

¹⁵⁵ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 39.

¹⁵⁶ Íd., pág. 82.

¹⁵⁷ Íd., pág. 102.

de todos los tipos de conocimiento mencionados [filosófico, científico, tecnológico, popular, y religioso], y no sólo como el producto de la ciencia o la filosofía [...]”¹⁵⁸. Por ejemplo, Dabove expresa que desde el punto de vista normativo, puede observarse cómo los poderes del Estado se valen de distintos tipos de saberes para construir productos normativos, como el saber filosófico, político, científico interdisciplinario, técnico y aún el saber empírico. También los particulares, a la hora de contratar, se valen de aquellos conocimientos¹⁵⁹. En el plano sociológico, es destacable la exposición de los saberes abiertos o difusos, que se ordenan a través de la ejemplaridad, y los saberes científicos o tecnocráticos, que se mancomunan a través de la planificación. Cada tipo de saber responde más a cada tipo de ordenación de las conductas de convivencia¹⁶⁰. En el aspecto valorativo, señala por ejemplo, que la verdad científica es puesta en cuestión frente a los otros saberes, tarea que ha asumido radicalmente Paul Feyerabend¹⁶¹.

6. Como Morin señala, complejidad no se reduce a grandes cantidades de unidades e interacciones que desafían nuestras posibilidades de cálculo, sino que es “[...] la incertidumbre en el seno de los sistemas ricamente organizados”¹⁶². Y la riqueza implica abundancia, tal como Paul Feyerabend denomina a su libro póstumo “La conquista de la abundancia”, y luego señala como subtítulo: “La abstracción frente a la riqueza del ser”. De esta manera, la riqueza no se exhibe en una doctrina jurídica unidimensional. Por ello Morin señala la necesidad de entrar en la caja negra, a fin de analizar, más allá de las salidas y entradas, por ejemplo, las peticiones y contestaciones de las partes, y la decisión de la sentencia por el otro, el proceso de funcionamiento por el cual se llega a dicha decisión. Es lo que permite en alguna medida la “teoría del fun-

¹⁵⁸ DABOVE, “El Derecho como complejidad de saberes diversos”, en “Ideas y Derecho”, año 3, nº3, Bs. As., 2003, pág. 96.

¹⁵⁹ *Íd.*, págs. 102-104.

¹⁶⁰ *Íd.*, pág. 107.

¹⁶¹ Filósofo al que he seguido. P. v. GALATI, “Una propuesta filosófico-pedagógica para la enseñanza del Derecho (Educar a partir del pensamiento complejo y anarquista)”, en AAVV, “Cuartas jornadas de jóvenes investigadores”, Bs. As., Instituto Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, 2007, en http://webiigg.sociales.uba.ar/iigg/jovenes_investigadores/4jornadasjovenes/EJES/Eje%20%20Conocimientos%20Saberes/Ponencias/GALATI,%20Elvio.pdf (14.9.2012).

¹⁶² MORIN, “Introducción al pensamiento...”, *cit.*, pág. 60.

cionamiento de las normas”. “[...] el problema teórico de la complejidad es el de la posibilidad de entrar en las cajas negras”¹⁶³, que plantea el trialismo¹⁶⁴.

7. Morin señala que el pensamiento complejo “[...] rechaza las consecuencias mutilantes, reduccionistas, unidimensionalizantes y [...] cegadoras de una simplificación [...]”¹⁶⁵. Por otra parte, “[...] el pensamiento complejo aspira al conocimiento multidimensional”¹⁶⁶. Ya se van revelando como ideas-maestras las primeras coincidencias con el trialismo, modelo de doctrina integrativista en el Derecho. “La conciencia de la multidimensionalidad nos lleva a la idea de que toda visión unidimensional, toda visión especializada, parcial, es pobre. Es necesario que sea religada a otras dimensiones; de allí la creencia de que podemos identificar la complejidad con la completud”¹⁶⁷.

Por ello, es importante la multidimensionalidad. Dice Morin: “yo no tenía por método nada más que tratar de aclarar los múltiples aspectos de los fenómenos, e intentar aprehender las relaciones cambiantes. Relacionar, relacionar siempre, era un método más rico, incluso a nivel teórico, que las teorías blindadas [...]”¹⁶⁸. *Prima facie*, ya surgen a la vista las relaciones con el tridimensionalismo¹⁶⁹.

8. El caso “Arancibia” es una prueba más de que existe un fenómeno de desaprobación con respecto a las leyes e indultos de impunidad. Si bien puede sugerirse que las mismas son inconstitucionales, y que prevalece en última instancia la Constitución, por otra parte podrá convenirse en cómo la Constitución es muchas veces un camaleón que cambia de colores según la ocasión. Además, la propia Constitución es la que contenía en el caso el principio de que nadie puede ser juzgado sin una ley previa anterior al hecho del proceso, según el art. 18. Tampoco se olvide que la cosa juzgada fue vista por la Corte

¹⁶³ Íd., pág. 60.

¹⁶⁴ Sobre el tema p. v. DABOVE, “El funcionamiento del Derecho en la teoría trialista”, en AAVV, “Introducción al Derecho”, coord. por Juan José Bentolila, Bs. As., La Ley, 2009, cap. 10.

¹⁶⁵ Íd., pág. 22.

¹⁶⁶ Íd., pág. 23.

¹⁶⁷ Íd., pág. 100.

¹⁶⁸ Íd., pág. 59.

¹⁶⁹ Para más precisiones p. v. mi tesis doctoral, cit.; GALATI, “Introducción...”, cit.

como un aspecto de la propiedad mencionada por el art. 17, que garantiza no sólo la de los bienes materiales, sino también de los derechos. Por otro lado, otorga jerarquía constitucional a tratados sobre protección a derechos básicos, que en el caso califican a los delitos en cuestión como contra la humanidad. Recuérdense, que a pesar de que el juez Belluscio dice que los tratados del 75, 22° no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios (consid. 15), en primer lugar, la interpretación es una tarea que corresponde a los jueces, no al legislador, y en segundo lugar, la complementariedad, alude a la conjunción de ideas contrarias, en donde una tomará prevalencia sobre otra. En suma, así como el criterio de jerarquía de las fuentes es un problema dikelógico¹⁷⁰, la prevalencia de la primera o segunda parte, es también un problema dikelógico. No puede ocultarse el problema del valor en el tópico de la constitucionalidad.

9. Dejar la solución del presente caso únicamente a la normatividad podría ocasionar una grave injusticia. Es así como puede asociarse el ordenamiento normativo a una máquina. En efecto, todas las leyes son partes de una máquina cuyos engranajes son precisamente las normas articuladoras, es decir, aquellas que establecen los mecanismos para establecer normas, y otras que estatuyen su jerarquía e incluso su interpretación. Pero hay casos en donde es evidente que el problema no puede resolverse con las piezas que brinda el ordenamiento normativo. El caso “Arancibia” significa para el sistema normativo una alteración que hace que las piezas del sistema estallen; porque de aplicarse la solución que prevé el sistema se llegaría a un resultado injusto. Es así como el ordenamiento normativo se revela como una máquina-artefacto simplemente organizada¹⁷¹. De esto da cuentas el voto del juez Keen en el caso de los exploradores que, votando por la horca, señala: “los casos rigurosos quizá tengan inclusive un cierto valor moral al hacer ver al pueblo su propia responsabilidad frente a la ley, que en última instancia es su propia creación, y al recordarles que no existe principio de gracia personal que pueda enmendar las equivocaciones de sus representantes”¹⁷².

¹⁷⁰ GOLDSCHMIDT, “Introducción...”, cit., pág. 242.

¹⁷¹ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 55.

¹⁷² FULLER, op. cit., pág. 59.

Por el contrario, desde el punto de vista de una máquina jurídica viviente, abierta como he señalado, y auto-organizadora, la solución cambia. No será necesario esperar a que el mecánico que estableció el ensamblaje resuelva el problema, que en el caso es el legislador, que por otra parte ya actuó y causó más daños que los esperados, a través de las leyes de impunidad, que alteraron el curso normal del juzgamiento, sino que el propio sistema crea las condiciones de su propia evolución. Recuérdese la diferencia entre ordenamiento y sistema, y al art. 16 del Código Civil, que prevé una solución auto-organizadora al interior del sistema normativo. Lo que planteo es una auto-organización por encima del sistema normativo, cuando éste mismo no da una solución justa a un problema. Entonces, sólo la propia inestabilidad de los constituyentes de una máquina, que se da por la heterogeneidad de sus componentes, que están en constante desequilibrio¹⁷³, puede permitir que uno u otro funcionen de acuerdo a la necesidad. “[...] un organismo permanece idéntico a sí mismo aunque todos sus constituyentes se hayan renovado”¹⁷⁴. La justicia es el elemento que introduce aire fresco al Derecho y permite ajustar su funcionamiento ante resultados disvaliosos. El Derecho funciona así como un sistema de pesos y contrapesos, según lo propuso Montesquieu para el funcionamiento de los poderes. “Hay, por lo tanto, opuestamente al caso de la máquina artificial, gran confiabilidad del conjunto y débil confiabilidad de los constituyentes”¹⁷⁵.

10. Algo similar a lo ocurrido en “Arancibia” ya se había planteado en el caso “Camps”¹⁷⁶ sobre la constitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final. Aquí, el juez Bacqué demostró con la ayuda de la Historia del

¹⁷³ Piénsese en la costumbre, la ley y la justicia, que han protagonizado a lo largo de la historia jurídica incansables polémicas.

¹⁷⁴ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 55.

¹⁷⁵ Íd.

¹⁷⁶ Ramón Juan Alberto Camps fue condenado a 25 años de reclusión, inhabilitación absoluta perpetua, por ser autor responsable del delito de aplicación de tormentos, reiterado en 73 oportunidades. (Consid. 1 del voto de la mayoría, Fallos: 310:1162; 1987). Estuvo a cargo, durante el “Proceso” de la policía de la Provincia de Buenos Aires y tuvo bajo su dirección varios centros clandestinos de detención. Intervino en el caso Jacobo Timerman, y en la llamada “noche de los lápices”. http://es.wikipedia.org/wiki/Ram%C3%B3n_Camps (10.6.2008). A través del indulto, el ex presidente Carlos Menem lo dejó en libertad, junto a Videla, Massera y Agosti.

Derecho, como la atrocidad del hecho es un indicador de la ilegitimidad de la orden, a fin de no justificar sin más la “obediencia debida” (págs. 1334 y ss.). En su voto muestra la Historia del Derecho acerca un precedente que confirma la existencia del Derecho Natural en la forma que lo entienden los pueblos. Este proyecto que acerca el juez Bacqué, que data del año 1875, es evidentemente anterior a la causa “Camps” que convalidó las leyes de impunidad.

[...] otros actos en que arrogándose poder para ejercer actos de justicia o venganza; o so color de autoridad legal, se dispone de la vida de los hombres de esa manera, están incluidos en los crímenes que el derecho y la ley de las naciones declaran crímenes contra la humanidad y la sociedad entera, y por tanto, fuera de las leyes de la guerra o las garantías civiles (consid. 40).

Contra la crueldad e inhumanidad que puede permitir el positivismo jurídico puedo señalar también un comentario del senador Rawson, con motivo de un proyecto de ley por el debate de la ley 714 del año 1875, acercado por el juez Bacqué: Las irregularidades entre nosotros, en ejecución de órdenes, son crímenes o delitos graves, y los delitos o crímenes no pueden ser remitidos por ninguna ley humana. ¿Por qué? Porque son violaciones al derecho, que ninguna legislación del mundo tiene derecho perfecto para hacer olvidar o poner fuera del alcance judicial [...] (consid. 40).

Lo propio ocurrió con la ley 14.436: “[...] la Corte Suprema interpretó la ley de amnistía n°14.436 (Fallos: 254:315) en el sentido de que ella no alcanzaba a los delitos atroces, cometidos de manera inhumana [...]” (consid. 41). El voto del juez Bacqué, al referirse a la atrocidad y gravedad de ciertos delitos, que no justifican su impunidad, expresa que “[...] las acciones enrostradas al acusado revisten esa índole por ser lesivas de sentimientos de humanidad elementales, dada la magnitud de los hechos de que se trata, la condición de enfermos indefensos que revestían las víctimas y el procedimiento empleado para eliminarlas [...]” (consid. 41). Bacqué hacía referencia al caso de “[...] la extradición del médico alemán Gerhard Bohne, acusado de ser jefe de la organización encargada de eliminar enfermos mentales en forma masiva y metódica, mediante el uso de cámaras de gas, camufladas como cuartos de duchas [...]” (consid. 41). No cabe duda que casos como este afectan, conmueven, sacuden en sus sentimientos a gran parte de la humanidad.

El juez Bacqué menciona que los delitos aberrantes no son susceptibles de perdón alguno: [...] quedaban excluidos de los beneficios de la amnistía los delitos de características atroces o aberrantes. Cabe agregar que ningún fin político puede justificarlos. Por otra parte, la clara formulación del art. 18 de la Constitución Nacional que en su parte pertinente establece: ‘... quedan abolidos para siempre... toda especie de tormento y los azotes...’, también constituye un valle infranqueable para la validez de la ley bajo examen (consid. 13).

Ya que la idea que informa a dichas reglas es la de que “[...] la inhumanidad de un hecho penal impide desincriminarlo [...]” (consid. 39).

Petracchi señala cómo consecuencias del normativismo extremo la total mutilación, y no en sentido figurado, sino en la más real, cruel y dolorosa de las vivencias: la impunidad frente al horror: “sobre la vieja ideología del orden autoritario se ha instalado [la] [...] razón instrumental, desinteresada del valor de los fines, productora de ‘hombres-máquina’ que sólo saben de la ciega aplicación de una técnica, y en esto encuentran su justificación” (consid. 4). En el caso “Saguir y Dib” también se hace referencia al concepto de máquina para evitar la aplicación ciega y automática de un plazo abstracto por parte del juez.

Vuelve a resaltar la importancia práctica del valor justicia: “sólo la convivencia, guiada por un incondicional respeto a la dignidad de cada hombre, puede dar garantía contra una eventual catástrofe suprema y contra muchas otras parciales que nos azotan [...]” (consid. 4). La dignidad humana está insita en el concepto de justicia y permite controlar las disposiciones normativas.

11. También el caso “Erich Priebke” hace referencia al tema al tratar la validez de la extradición del militar a Italia que lo perseguía por delitos de genocidio y crímenes de guerra, aunque desde la perspectiva del derecho interno las acciones estaban prescriptas¹⁷⁷.

12. Robert Alexy nos comenta varios casos en donde la ley no respeta los requisitos mínimos de justicia, violando la igualdad. Es allí donde corresponde la actuación del juez a fin de realizar la corrección material. Comentando la fórmula de Radbruch, que se sintetizaría en la máxima “la extrema injusticia no es Derecho”, señala que ésto no implica “[...] en absoluto [...] una orienta-

¹⁷⁷ Consid. 21 del voto del juez Petracchi, en “Arancibia Clavel”.

ción de la totalidad del Derecho hacia la moral. Más bien, incorpora al Derecho un límite extremo. [...] cuando se traspasa el umbral de la extrema injusticia, las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica”¹⁷⁸. Es importante destacar que “[...] se incorpora al concepto de Derecho la corrección material como criterio limitativo”¹⁷⁹. Y señala como ejemplos el 11 decreto sobre la ley de ciudadanía del Reich del 25 de noviembre de 1941, por el cual un judío pierde la nacionalidad alemana cuando tenga su residencia habitual en el extranjero. Frente al caso de un abogado judío que había emigrado a Ámsterdam, el Tribunal Constitucional Federal sostiene que nunca la había perdido, ya que dicha normativa contradice de modo evidente principios fundamentales de justicia¹⁸⁰. En otro caso, la misma normativa privaba de su patrimonio al judío que perdía la nacionalidad, el cual sería confiscado por el Reich. Se planteó el caso de una judía emigrada a Suiza que dejó en un banco alemán su depósito. Finalizada la guerra se trasladó a la República Federal Alemana reclamando su depósito. El tribunal Supremo Federal afirma el derecho de devolución, ya que el decreto era nulo porque su contenido injusto contradecía las exigencias básicas de todo ordenamiento de un Estado de Derecho¹⁸¹. Es aquí donde Alexy dice que “[...] desde el punto de vista del positivismo sería necesaria una regulación legal específica para un derecho de restitución [...] [que] dependería entonces de la discrecionalidad del legislador”¹⁸². Pero la justicia no se relaciona con la discrecionalidad y oportunidad, sino con la igualdad, que constituye su núcleo, según la fórmula de Radbruch¹⁸³. Él mismo expresa: “la filosofía kantiana nos ha aleccionado sobre la imposibilidad de deducir de lo que es, lo valioso, lo justo, lo que debe ser. Nunca algo es justo por el solo hecho de que es, de que fue o, también, porque será. Con esto se rechazan el positivismo, el

¹⁷⁸ ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en AAVV, “La injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy”, coord. por Rodolfo Vigo, Bs. As., Fac. de Derecho de la UBA, La Ley, 2004, pág. 229.

¹⁷⁹ *Íd.*

¹⁸⁰ *Íd.*, pág. 230.

¹⁸¹ *Íd.*, pág. 231.

¹⁸² *Íd.*

¹⁸³ *Íd.*, pág. 228.

historicismo y el evolucionismo [...]”¹⁸⁴.

El cerebro humano, a diferencia de la máquina, tiene la posibilidad de trabajar con lo impreciso, lo insuficiente¹⁸⁵. Por ello, no debe claudicar ante la ley. En el caso que nos ocupa, declarar prescripto el caso no es un error imprevisto por el legislador que debe anular el problema y obligarnos a rendirnos ante la ley. “[...] en la visión compleja, cuando se llega por vías empírico-racionales a contradicciones, ello no significa un error sino el hallazgo de una capa profunda de la realidad que, justamente porque es profunda, no puede ser traducida a nuestra lógica”¹⁸⁶. En efecto, “si tenemos sentido de la complejidad, [...] tenemos sentido del carácter multidimensional de toda realidad”¹⁸⁷. Este error nos revela que el problema debe ser tratado a partir de otra lógica.

13. Es por ello que “[...] el orden auto-organizado no puede complejizarse más que a partir del desorden [...]”¹⁸⁸. Ahora bien, tal como lo plantea Goldschmidt al analizar la ontología de los componentes de las dimensiones del trialismo, y plantear elementos materiales e ideales, “[...] la idea de auto-organización opera una gran mutación en el status ontológico del objeto [...]”¹⁸⁹. La justicia es un ente ideal que valora el material provisto por la conducta y la idealidad normativa, que a su vez puede ser vista como materia de crítica. También lo avizó Kant con la división entre el ser y el deber ser. El Derecho no se ata a la normatividad, sino que fomenta la autonomía¹⁹⁰, en este caso del juez, que recurre al meollo de la justicia. Es así como hay apertura, intercambio y el consiguiente progreso¹⁹¹ entre los elementos del Derecho. De la misma manera que el universo surgió de la contradicción, lo propio ocurre con el Derecho. “[...] el universo comienza como una desintegración, y es desintegrándose que se organiza. [...] es en el curso de esa agitación calórica

¹⁸⁴ RADBRUCH, “Filosofía...”, cit., pág. 13. Y especifica: “no se afirma que los juicios de valor no sean *causados* por hechos de ser, sino que en éstos no pueden *fundamentarse*.” Íd., pág. 16.

¹⁸⁵ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 61.

¹⁸⁶ Íd., pág. 100.

¹⁸⁷ Íd.

¹⁸⁸ Íd., pág. 56.

¹⁸⁹ Íd.

¹⁹⁰ Ciertamente relativa, como dice Morin. V. íd., pág. 57.

¹⁹¹ Íd., pág. 57.

intensa -el calor es agitación, remolino, movimiento en todos los sentidos- que se van a formar las partículas y que ciertas partículas van a unirse unas a otras¹⁹². ¿Hay algo más contradictorio y único que el proceso vida-muerte?: “nuestros organismos no viven más que por su trabajo incesante, en el curso del cual se degradan las moléculas de nuestras células. [...] Vivir, de alguna manera, es morir y rejuvenecerse sin cesar¹⁹³. Debemos entonces encontrar en el Derecho una integración de elementos que, por su relativa contrariedad, permitan dicho dinamismo. “[...] vivimos de la muerte de nuestras células, así como una sociedad vive de la muerte de sus individuos, lo que le permite rejuvenecer¹⁹⁴. Dice Morin: “la aceptación de la complejidad es la aceptación de una contradicción [...]”¹⁹⁵. En otra oportunidad señala: “somos una mezcla de autonomía, de libertad, de heteronomía e incluso, [...] de posesión por fuerzas ocultas que no son simplemente las del inconsciente descubiertas por el psicoanalista¹⁹⁶.

14. Morin nos muestra tres principios que nos pueden ayudar a pensar la complejidad. El primero es el dialógico, que “[...] nos permite mantener la dualidad en el seno de la unidad. Asocia dos términos a la vez complementarios y antagonistas¹⁹⁷. Esto se da en el orden y desorden del Universo. Un ejemplo de ello podemos verlo en el Derecho desde la concepción tridimensional. El principio recursivo sostiene que los productos y efectos son al mismo tiempo causa y efecto de aquello que producen¹⁹⁸. El remolino es un buen ejemplo¹⁹⁹; también la sociedad produce a los individuos que producen a la sociedad²⁰⁰. En este caso, la justicia, a la vez que es promotora de los repartos, es el fin al que por lo menos dicen tender los repartidores al repartir. De ahí que sea la que funda la autonomía del mundo jurídico como ciencia. “La idea

¹⁹² Íd., pág. 93.

¹⁹³ Íd., pág. 94.

¹⁹⁴ Íd., pág. 94.

¹⁹⁵ Íd., pág. 95.

¹⁹⁶ Íd., pág. 99.

¹⁹⁷ Íd., pág. 106.

¹⁹⁸ Íd.

¹⁹⁹ Íd.

²⁰⁰ Íd., pág. 107.

recursiva [...] rompe con la idea lineal de causa/efecto [...]”²⁰¹. El principio hologramático implica que se “[...] trasciende al reduccionismo que no ve más que las partes y al holismo que no ve más que el todo”²⁰². Si el Derecho es un todo, no puede identificarse con una parte, por ejemplo, la normatividad, de manera que la parte sea una norma y el todo el sistema normativo. El hecho de hablar de partes y todo implica distinción ontológica entre las partes, ya que de lo contrario el todo y las partes se identificarían. Si el ser es complejo, el holograma también debe serlo.

6. CONCLUSIÓN

Habría que superar los exclusionismos en función de los cuales debemos elegir entre el objeto positivista o el sujeto metafísico²⁰³. Es posible la complementariedad en una teoría compleja. Ni la perfección humana, en donde en la época de la Modernidad la diosa razón reemplaza la omnipotencia divina, ni la perfección divina que extrae al hombre de sus límites. “Tal vez sea que, privados de un Dios en el que no podían creer más, los científicos tenían una necesidad, inconscientemente, de verse reasegurados”²⁰⁴. En efecto, “[...] esta visión mecanicista, materialista, determinista satisface de hecho aspiraciones religiosas: la necesidad de certeza, la voluntad de inscribir en el mismo mundo la perfección y armonía que se perdieron con la expulsión de Dios...”²⁰⁵

Por ello, la tensión trágica que señala Morin no puede darse más que entre paradigmas opuestos que tanto han alimentado la polémica entre juspositivismo y jusnaturalismo. De ahí “[...] la búsqueda de un meta-nivel en el cual podamos ‘superar’ la contradicción sin negarla”²⁰⁶.

La idea de este trabajo es mostrar la crítica a dos doctrinas jurídicas clásicas que se revelan insuficientes. La relación de coincidencia entre la teoría trialista del mundo jurídico y el paradigma de la complejidad, que desarrollé en otra

²⁰¹ Íd.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ Íd., pág. 67.

²⁰⁴ Íd., pág. 90.

²⁰⁵ MORIN, “El Método 4...”, cit., pág. 232.

²⁰⁶ MORIN, “Introducción al pensamiento...”, cit., pág. 138.

oportunidad²⁰⁷, ayudó a este estudio. Creo que el pensamiento complejo en las ciencias y el pluralismo en el Derecho pueden ser soportes teóricos fundamentales para dar respuesta a las carencias de la uniformidad, la generalidad y las injusticias, como lo revela el caso en estudio.

La importancia de la obra de Morin está dada porque más que una introducción al pensamiento complejo es el planteamiento del desafío de la complejidad, que el jurista no puede dejar de asumir.

²⁰⁷ Sobre el tema p. v. mi tesis doctoral, cit.; GALATI, “Introducción...”, cit.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en AAVV, “La injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy”, coord. por Rodolfo Vigo, Bs. As., Fac. de Derecho de la UBA, La Ley, 2004, págs. 227-251.

BALLESTER, Horacio, “La doctrina de la seguridad nacional”, en <http://www.asociacionnuncamas.org/biblioteca/trabajos/ladoctrinadelaseguridadnacional.pdf> (13.4.2012).

BIDART CAMPOS, Germán J., “Filosofía del Derecho Constitucional”, Bs. As., Ediar, 1969.

BULYGIN, Eugenio, “El problema de la objetividad en la moral y en el derecho”, en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, n°24, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2006, págs. 51-67.

CARRIÓ, Genaro, “Nota preliminar” a FULLER, Lon, “El caso de los exploradores de cavernas”, trad. de Genaro Carrió y Leopoldo Niilus, Bs. As, Abeledo-Perrot, 1991, págs. 5-8.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)”, Rosario, FIJ, 2001.

COSSIO, Carlos, “Radiografía de la teoría egológica del Derecho”, Bs. As., Depalma, 1987.

DABOVE, María Isolina, “El Derecho como complejidad de saberes diversos”, en “Ideas y Derecho”, año 3, n°3, Bs. As., 2003, págs. 95-116.

DELMAS-MARTY, Mireille, “La tragédie des trois C”, préface à AAVV, “Droit et Complexité : Pour une nouvelle intelligence du droit vivant”, édité par Mathieu Doat, Jacques Le Goff et Philippe Pédrot, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2007, págs. 7-12.

FEYERABEND, Paul, “La conquista de la abundancia. La abstracción frente a la riqueza del ser”, comp. por Bert Terpstra, trad. por Radamés Molina y César Mora, Bs. As., Paidós, 2001.

FULLER, Lon, “El caso de los exploradores de cavernas”, trad. de Genaro Carrió y Leopoldo Niilus, Bs. As, Abeledo-Perrot, 1991.

GALATI, Elvio, “Consideraciones jurídico-sociales del aborto no punible. La autonomía del paciente frente al poder del profesional de la salud”, en “RedBioética/UNESCO”, año 3, vol. 2, n°6, págs. 47-62, Uruguay, 2012, en http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista_6/RevistaBioetica6b-47a62.pdf (2.5.2013).

GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1958.

GOLDSCHMIDT, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987.

GUIBOURG, Ricardo, “La justicia y la máquina”, en “La Ley”, t. 150, págs. 994-1004.

GUIBOURG, “Provocaciones: en torno del derecho”, Bs. As., Eudeba, 2002.

HABA, Enrique, “Sciences du Droit –quelle science? Le droit en tan que science : une question de méthodes”, en “Archives de Philosophie du Droit”, t. 36 “Droit et science”, Paris, Sirey, 1991, págs. 166-179.

HERNÁNDEZ, José, “Martín Fierro”, 32ª ed., Bs. As., Losada, 2004.

JUNTA MILITAR, “Documentos Básicos y Bases Políticas de las Fuerzas Armadas para el Proceso de Reorganización Nacional”, Bs. As., Imprenta del Congreso de la Nación, 1980.

MASSINI CORREAS, Carlos, “Principios bioéticos, absolutos morales y el caso de la clonación humana”, en “Revista Chilena de Derecho”, vol. 28, n°4, 2001, págs. 747-757.

MORIN, Edgar, “Articular los saberes. ¿Qué saberes enseñar en las escuelas”, trad. de Geneviève de Mahieu, con la colab. de Maura Ooms, prólogo de Raúl Motta, 2ª ed., Bs. As., Universidad del Salvador, 2007.

MORIN, “Breve historia de la barbarie en Occidente”, trad. de Alfredo Grieco y Bavio, Bs. As., Paidós, 2006.

MORIN, “El Método 1. La naturaleza de la naturaleza”, trad. de Ana Sánchez en colab. con Dora Sánchez García, 3ª ed., Madrid, Cátedra, 1993.

MORIN, “El Método 5. La humanidad de la humanidad. La identidad hu-

mana”, trad. de Ana Sánchez, 2ª ed., Madrid, Cátedra, 2006.

MORIN, “El Método 6. Ética”, trad. de Ana Sánchez, Madrid, Cátedra, 2006.

MORIN, “Epistemología de la complejidad”, trad. de Leonor Spilzinger, en AAVV, “Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad”, ed. al cuidado de Dora Schnitman, Bs. As., Paidós, 1994, págs. 421-442.

MORIN, “Introducción a una política del hombre”, trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, Barcelona, Gedisa, 2002.

MORIN, “Introducción al pensamiento complejo”, trad. de Marcelo Pakman, Barcelona, Gedisa, 2005.

MORIN, “La cabeza bien puesta. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento”, 1ª ed., trad. de Paula Mahler, Bs. As., Nueva Visión, 2002.

MORIN, “Sociología”, trad. de Jaime Tortella, Madrid, Tecnos, 1995.

MORIN, CIURANA, Roger, y MOTTA, Raúl, “Educar en la era planetaria. El pensamiento complejo como método de aprendizaje en el error y la incertidumbre humana”, Valladolid, UNESCO - Univ. de Valladolid, 2002.

MORIN, y KERN, Anne Brigitte, “Tierra-Patria”, trad. de Ricardo Figueira, Bs. As., Nueva Visión, 2006.

NICOLESCU, Basarab, “La transdisciplinarité. Manifeste”, Monaco, du Rocher, 1996.

PERUGINI, Alicia, “La creación de la jurística dikelógica durante la década de 1958 a 1967 por Werner Goldschmidt”, en “La Ley”, t. 146, pág. 820 y ss.

RUBIN, Sergio, “Caso Baseotto: el Vaticano habla de violación a la libertad religiosa”, <http://www.clarin.com/diario/2005/03/20/elpais/p-00301.htm> (19.4.2006).

SANTO TOMÁS DE AQUINO, “La ley”, trad. y notas de Constantino Fernández-Alvar, Bs. As., Labor, 1936.

SARTRE, Jean Paul, “El ser y la nada: Ensayo de ontología fenomenológica”, trad. de Juan Valmar, Barcelona, Altaya, 1993.